

”De ureturnerbare asylsøkerne”

Nærmere om deres sosiale rettigheter

Kandidatnr: 238

Veileder: Professor Kristian Andenæs

Leveringsfrist: 25.05.05

Til sammen 18000 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA	1
1.2	PROBLEMSTILLINGER	2
1.3	FORMÅLET MED INNSTRAMMINGSTILTAKENE	4
1.4	NÆRMERE AVGRENSING AV OPPGAVEN	5
1.5	BEGREPET "URETURNERBAR ASYLSØKER" OG OVERSIKT OVER INSTITUSJONER	5
1.5.1	URETURNERBAR ASYLSØKER	5
1.5.2	UTLENDINGSDIREKTORATET (UDI) OG UMLENDINGSNEMNDA (UNE)	6
1.5.3	IOM	6
1.6	METODE	7
1.7	VEIEN VIDERE	7
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>9</u>
2.1	RETTSKILDER I SOSIALRETTE	9
2.2	RETTSREGLER I ANDRE LAND	9
2.3	I GRENSELANDET MELLOM FOLKERETTEN OG NORSK RETT	10
2.4	TOLKNING AV MENNESKERETTSLEGE KONVENSJONER	11
<u>3</u>	<u>LOVLIGHETEN AV INNSTRAMMINGSTILTAKENE ETTER NORSK RETT</u>	<u>12</u>
3.1	FORHOLDET TIL LOV OM SOSIALE TJENESTER	12
3.1.1	SOSIALTJENESTELOVENS KAPITTEL 5 – KRAVET TIL LOVLIG OPPHOLD	12
3.2	SOSIALTJENESTENS ADGANG TIL Å FASTSETTE VILKÅR FOR SOSIALE YTELSE	13
3.2.1	SAMARBEID MED IOM - ET LOVLIG VILKÅR?	15
3.2.2	RETTE TIL MIDLERTIDIG HUSVÆRE I SOSIALTJENESTELOVENS § 4-5	17
3.2.3	TILBUDET PÅ TRANDUM – ET ALTERNATIV TIL SOSIALTJENESTELOVENS § 4-5?	17
3.3	OPPHØR AV HJELPEPLIKT VED BRUDD PÅ FASTSATTE VILKÅR?	19
<u>4</u>	<u>NØDRETT ETTER ULOVFESTEDE NØDRETTSBETRAKTNINGER</u>	<u>21</u>
4.1	MYNDIGHETENES INFORMASJON OM RETTSTILSTANDE	22
4.1.1	KONSEKVENSEN AV MYNDIGHETENES INFORMASJON AV RETTSTILSTANDE	23

4.1.2	KONSEKVENSER BELYST VED ET KONKRET EKSEMPEL	25
4.2	NORSK RETTSPRAKSIS I FORHOLD TIL NØDHJELP	28
4.2.1	SVOLVÆR SAKEN	28
<u>5</u>	<u>HØRINGSNOTAT OM ENDRING AV FORSKRIFT</u>	<u>30</u>
5.1.1	BORTFALL AV HJELPEPLIKTEN I SOSIALTJENESTELOVENS § 4-5 OM MIDLERTIDIG HUSVÆRE	31
5.1.2	SOSIALTJENESTELOVENS FORMÅLSPARAGRAF	31
<u>6</u>	<u>LOVLIGHETEN AV INNSTRAMMINGSTILTAKENE ETTER FOLKERETTEN</u>	<u>34</u>
6.1	MENNESKERETTIGHETER	34
6.2	MENNESKERETTIGHETENE I NORSK RETT	35
6.2.1	EMK ART. 1	35
6.2.2	SP ART 2	36
6.3	VERNET MOT TORTUR, UMENNESKELIG OG NEDVERDIGENDE BEHANDLING	37
6.3.1	EMK ART. 3	37
6.4	NORSK RETTSPRAKSIS I FORHOLD TIL EMK ARTIKKEL 3	39
6.5	EMK ART. 8	43
6.5.1	RETTE TIL PRIVATLIV	44
6.5.2	RETTE TIL FAMILIELIV	44
6.5.3	FORBUD MOT INNGREP – PLIKT TIL Å TREFFE POSITIVE TILTAK	45
6.6	INNGREPSVILKÅR	45
6.6.1	LOV	46
6.6.2	LEGITIMT FORMÅL	47
6.6.3	NØDVENDIG I ET DEMOKRATISK SAMFUNN	47
6.7	STATENES SKJØNNSMESSIG SPILLEROM	49
6.8	RETTE TIL EN TILFREDSSTILLENDENDE LEVESTANDARD - ØSK ART. 11	49
<u>7</u>	<u>EFFEKTUERING AV NEGATIVT VEDTAK</u>	<u>52</u>
7.1	GANGEN I IVERKSETTELSEN AV ET NEGATIVT VEDTAK OM ASYL	52
7.2	HVEM SITT ANSVAR?	53
7.2.1	HAR INNSTRAMMINGSTILTAKENE TJENT SITT FORMÅL?	54
<u>8</u>	<u>VERNET MOT DISKRIMINERING</u>	<u>56</u>

8.1	EMK ART 14	56
8.2	DISKRIMINERING PÅ GRUNNLAG AV NASJONAL OPPRINNELSE ELLER OPPHOLDSSTATUS	57
8.2.1	PROPORSJONALITETSVURDERINGEN	58
8.3	NYTT ANTIDISKRIMMERINGSLOVVERK OG OMBUDSAPPARAT	60
<u>9</u>	<u>SAMMENFATNING</u>	<u>61</u>
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>66</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Den 1. januar 2004 ble det innført flere innstramningstiltak på utlendingsrettens område. For å effektivisere statens innvandringsregulerende politikk, ble det innført ny praksis for asylsøkere med endelig avslag. Overfor dem som myndighetene ikke klarer å returnere til hjemlandet, har det blitt innført kutt i sosiale ytelser. De som etter myndighetenes definisjon ikke selv aktivt bidrar til frivillig retur, har blitt fratatt all økonomisk støtte. Dette på samme tid som ordningen med midlertidig arbeidstillatelse har opphørt. Gruppen har også mistet adgangen til å bo i asylmottak, og prosessen med å kaste dem ut fra mottak med tvang pågår.

Slik har mennesker blitt satt på gaten uten at myndighetene har en plan om hva man skal gjøre dersom de faktisk ikke reiser ut av landet. Mange av dem som rammes av den nye praksisen har bodd i Norge i flere år. De har arbeidet på midlertidig arbeidstillatelse og vært godt integrert i samfunnet.

Det er denne gruppen som har blitt definert som "ureturnerbare asylsøkere". Dette er en fellesbetegnelse på asylsøkere som har fått endelig avslag på sin asylsøknad, og som myndighetene ikke klarer å sende tilbake til hjemlandet. Selv om det er et folkerettslig prinsipp at ethvert land har plikt til å ta imot egne borgere, er det ikke alle land som etterkommer denne plikten. Eksakt hvor mange ureturnerbare det er i Norge våren 2005 er usikkert, men det anslås et antall omkring 600. Tallet er stadig stigende.

Årsakene til at de ikke kan returnere til hjemlandet er mange. Noen hevder å ha en identitet som norske myndigheter betviler. Andre har ikke mulighet for å oppdrive de nødvendige identitetspapirer. En grunn kan være at hjemlandet ikke har noen sentral statsmakt som organiserer dette. Somalia og Irak er eksempler på land hvor sentralmakten for en tid har opphørt å eksistere. Gjenoppbygging av infrastrukturen er i gang, men tar tid. Land som Etiopia, Eritrea, Iran og Cuba tar ikke imot personer som ikke returnerer frivillig, eller som har oversittet returfristen. Andre motsetter seg retur

med den begrunnelse at det er farlig for dem å returnere, og at myndighetene dermed tar feil i sine vurderinger.

Flere med endelig avslag påstår at de har gjort hva som står i deres makt for å samarbeide om retur, mens myndighetene fortsatt nekter å anerkjenne dem som ureturnerbare. Norske myndigheters offisielle syn på saken er nemlig at ingen er ureturnerbare, bare vanskelige å returnere. Dette begrunnes med at asylsøkeren ikke samarbeider.

Bortfallet av plass i mottak og midlertidig arbeidstillatelse, samt kuttet i de sosiale ytelsene bare noen av innstrammingstiltakene under kommunalminister Erna Solberg. Andre innstrammingstiltak er fjerning av norskundervisning for asylsøkere som venter på vedtak, og innskjerping av 15-månedersregelen. Kontantytelser for asylsøkere i transittfasen er fjernet, og det er gjeninnført underholdningskrav for gjenforening med ektefelle og barn, og for alle som får opphold av beskyttelses- eller humanitære grunner. Ytterlige innstrammingstiltak vurderes fortløpende.

Kommunalminister Erna Solberg skrev en kronikk i Aftenposten den 14.10.04 med en overskrift som ganske treffende beskriver rådende syn på saken: "Ulovlig opphold, men gratis kost og losji?". Tanken bak dette er at etter endelig avslag plikter man å forlate landet frivillig. Gjør man ikke det, er man selv ansvarlig for den situasjonen man har havnet i.

1.2 Problemstillinger

Hovedproblemstillingen er hvilke forpliktelser staten har – med hjemmel i internasjonal og nasjonal lovgivning, overfor individer i en nødssituasjon, og om Norge som stat overholder sine forpliktelser.

Et grunnleggende prinsipp i sosiallovgivningen er at sosialhjelpen skal være en subsidiær ytelse. Det primære ansvaret for å realisere individets behov ligger hos individet selv, ikke hos det offentlige. Sosialhjelp skal være sikkerhetsnett for den enkelte når vedkommende ikke klarer å sørge for sine grunnleggende behov på egen hand, eller ved hjelp av andre offentlige ordninger. Dersom det foreligger et alternativ,

er ikke sosialkontorene forpliktet til å gi sosiale tjenester. Alternativet som av myndighetene blir oppstilt er samarbeid med International organization for migration (IOM). IOM er en organisasjon som tilbyr hjelp til organisering av hjemreise.¹ Man vil da bli ivaretatt på mottak eller på utlendingsinternatet på Trandum.²

Det er sikker rett at sosialtjenesten kan stille vilkår ved begunstigende vedtak, men her som ellers, er det krav om at vilkårene er egnede og ikke urimelige. Jeg vil se nærmere på om samarbeid om retur er et lovlig stilt vilkår for utbetaling av sosiale ytelser.

Selv om myndighetene har vurdert faren for forfølgelse til å være liten eller ikke-eksisterende, er ikke nødvendigvis asylsøkerens egen opplevelse av situasjonen i samsvar med denne vurderingen. Hvilken betydning skal asylsøkerens subjektive vurdering ha i vurderingen om myndighetene stiller urimelige krav? Det er dessuten vanskelig å verifisere myndighetenes vurdering av situasjonen, da det ikke foreligger statistikk på hva som skjer med de returnerte. Dette til tross for flere etterlysninger fra bl.a. Senter mot etnisk diskriminering (SMED)³, Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) og Organisasjon mot offentlig diskriminering (OMOD).

En annen problemstilling er hvem som har ansvaret for effektivering av vedtak. Utgangspunktet er at asylsøkerne selv har en plikt til å forlate landet. Når dette ikke blir gjort er spørsmålet om det er myndighetene sitt ansvar å oppfylle egne vedtak, eller om dette ansvaret påligger asylsøkeren.

Innstrammingstiltakene dreier seg om å innskrenke rettighetene til en definert gruppe mennesker. Når en gruppe mennesker blir satt i særstilling og fratatt grunnleggende rettigheter, som retten til tak over hodet og mat, må en stille spørsmål om virkemidlene står i et proporsjonalt forhold til formålet. I en slik juridisk proporsjonalitetsvurdering

¹ Om IOM, se punkt 1.5.3

² Om Trandum, se punkt 3.2.3

³ SMED: Senter mot etnisk diskriminering er et uavhengig forvaltningsorgan som ble opprettet ved kgl. res 11.09.98. Senteret sine to hovedoppgaver er å kartlegge diskrimineringsproblemet i Norge og yte rettshjelp til personer som føler seg diskriminert p.g.a. trosbekjennelse, rase, hudfarge, eller etnisk opprinnelse.

må man for det første ta stilling til om virkemidlene er *egnet* til å realisere formålet med innstrammingstiltakene. For det andre må det tas stilling til om virkemidlene som tas i bruk fører til *urimelige* konsekvenser overfor det enkelte individ som direkte berøres av tiltakene. Foreligger ikke en slik proporsjonalitet, er innstrammingstiltakene rettslig tvilsomme.

Når en definert gruppe mennesker mister sine grunnleggende rettigheter, kan praksisen også komme i strid med folkeretten. Jeg vil se nærmere på dette i forhold til den Europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) samt FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Begge av 16 desember 1966.

1.3 Formålet med innstrammingstiltakene

Et av myndighetenes formål med innstrammingstiltakene er å gi Norge et rykte på seg for å være et mindre attraktivt land for asylsøkere. Slik skal man få redusert antallet asylsøknader. Et annet formål er å få asylsøkere med endelig avslag til å reise hjem frivillig. Det foreligger også et underliggende budskap som skal underbygge behovet for å verne om velferdsordninger forbeholdt verdig trengende, og at de ureturnerbare selv kan avhjelpe den nødssituasjon de er i ved å reise hjem.

UDI har på sin nettside uttalt at:

”Hensikten med ikke å gi kost og losji til personer med endelig avslag på asylsøknaden er å styrke respekten for asylinstituttet og underbygge plikten til å forlate Norge overfor dem som har fått avslag. Ordningen skal hindre at mottakene blir brukt som oppholdssted for personer som ikke har behov for asyl eller annen beskyttelse i Norge.

Barnefamilier og enslige mindreårige som får avslag på sin asylsøknad, er ikke omfattet av ordningen, og kan bo i mottak inntil de faktisk reiser tilbake til hjemlandet. I særskilte tilfeller, blant annet i forbindelse med sykdom, kan også andre med endelig avslag i

*asylsaken få fortsette å bo i mottak. De som søker samarbeid med IOM, får fortsatt bo i mottak.”*⁴

1.4 Nærmere avgrensning av oppgaven

Etter Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 3 har utlendinger de samme rettighetene som nordmenn forutsatt at de har lovlig opphold. Også i sosialtjenestelovens forskrift er lovlig opphold oppstilt som vilkår for sosiale ytelser etter kapittel 5. For at en asylsøker sitt opphold skal være ulovlig, må det foreligge endelig avslag på søknad. På UDIs nettsider uttales det at foreligger endelig avslag når:

*“... utlendingsmyndighetene, etter en nøye vurdering, har kommet til at søkeren ikke fyller vilkårene i utlendingsloven for å få asyl, beskyttelse eller opphold på humanitært grunnlag”*⁵

Dette betyr at utlendingsmyndighetene har vurdert det trygt for vedkommende å reise hjem. Det foreligger stor uenighet om hvordan denne vurderingen best kan gjøres, og om utlendingers rettsikkerhet er godt nok ivaretatt under prosessen. Jeg vil avgrense avhandlingen mot denne vurderingen og heller konsentrere meg om situasjonen etter at endelig avslag er gitt. Dette på bakgrunn av bortfall av botilbud i mottak, og innstramming i retten til sosiale ytelser.

1.5 Begrepet ”ureturnerbar asylsøker” og oversikt over institusjoner

1.5.1 Ureturnerbar asylsøker

I avhandlingen vil jeg til tross av myndighetenes syn på saken anvende begrepet ”ureturnerbar asylsøker”. Med dette mener jeg alle utlendinger med endelig avslag på oppholdstillatelse som norske myndigheter ikke klarer å returnere. Jeg inkluderer også dem som motsetter seg hjelp fra IOM.

⁴ UDIs nettside www.udi.no

⁵ UDIs nettside www.udi.no

1.5.2 Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE)

UDI ble opprettet 1. januar 1988, og er det sentrale forvaltningsorganet som har myndighet til å treffe vedtak i saker om utlendingsrett. Direktoratet har som oppgave å samordne statens virksomhet overfor asylsøkere, flyktninger og innvandrere. 1. juli 2000 overtok også Direktoratet oppgaven med å intervju asylsøkere. En oppgave som tidligere tilhørte politiet. Det ansvarlige departementet overfor UDI er Kommunal- og arbeidsdepartementet.

UDI sine vedtak kan påklages etter alminnelige forvaltningsrettslige regler.⁶ Klagen blir først sendt til UDI for ny gjennomgang. Dersom UDI fastholder sitt vedtak blir klagen videresendt til nærmeste overordnet organ, som er Utlendingsnemnda (UNE). Utlendingsnemnda, også bare kalt Nemnda ble opprettet 1. januar 2001. Før dens opprettelse var Justisdepartementet klageinstans i utlendingssaker. Storting, regjering og departementet kan instruere UNE om lovtolkning, skjønnsutøvelse eller avgjørelse i den enkelte sak. Utlendingsnemnda er administrativt underlagt Kommunal- og regionaldepartementet.

1.5.3 IOM

Alle som får avslag på sin asylsøknad, får tilbud om frivillig hjemreise gjennom IOM. IOM er en mellomstatlig organisasjon, med permanent observatørstatus i FN. Pr. 21.01.05 har IOM avtale med 52 ambassader verden over om fremskaffelse av reisedokumenter. Tallet på medlemsland er rundt 100. Norge ble medlem i 2002.

IOM tilbyr hjelp til organisering av hjemreise. Alle som reiser gjennom IOM får informasjon og veiledning. Om nødvendig kan de også få assistanse på reisen. IOMs representanter har diplomatstatus og kan gi assistanse ved opphold i transitt ved mellomlandinger.

Etter utlendingsloven § 46, skal utlendingen selv dekke sine reiseutgifter i forbindelse med hjemreisen. Reiser man med IOM blir utgiftene dekket av staten. Alternativet er tvungen hjemreise med politieskorte. Til nå har organisasjonen returnert 671

⁶ Jfr. Forvaltningsloven, kapittel V1

mennesker. Dette er langt fra målsetningen. Hovedproblemet er at de ikke kan hjelpe dem som ikke har reisedokumentene i orden.

1.6 Metode

Siden innstrammingstiltakene er forholdsvis nye, foreligger lite skrevet materiale på området om de ureturnerbare rettigheter. Materialet jeg bygger avhandlingen på er offentlige dokumenter, da særlig fra Kommunal- og regionaldepartementet, Arbeids- og sosialdepartementet samt UDI. Jeg har også vært på høring i stortinget hvor tema var ”de ureturnerbare asylsøkerne”. Videre har jeg samlet informasjon ved å delta på møter hvor ureturnerbare asylsøkere i Oslo samles for å diskutere hvordan de best mulig skal forholde seg til egen situasjon. Møtene blir avholdt på Blitz i regi av Nettverk mot statlig rasisme, ledet av Stein Lillevollen. Jeg kom her i kontakt med et titalls ureturnerbare som jeg intervjuet om deres møter med de forskjellige sosialkontorer i Oslo. Et problem i denne sammenheng, var deres skepsis mot meg. De oppgav ikke fullt navn, og jeg fikk inntrykk av at de fryktet jeg på en eller annen måte skulle kunne bruke deres opplysninger mot dem. Jeg har likevel tiltro til deres historier om hvordan de har blitt mottatt av sosialetaten. Mange av historiene har jeg dessuten fått dokumentert gjennom materiale fra SMED og OMOD.

SMED, som trolig er den organisasjonen som sitter på den største dokumentasjonen i forhold til hvordan de ureturnerbare blir behandlet i forvaltningen, kom i april 2005 ut med rapporten: ”Mat, tak over hodet og helsetjenester”. SMED dokumenterer her en virkelighet hvor flere av de ureturnerbare blir avvist av sosialtjenesten uten å få hjelp. Dette er sammenfallende med de historier jeg har fått i mine intervjuer. Jeg har også intervjuet Heidi Wyller i SMED, som sammen med Ann Helen Aarø er forfatter av rapporten. Selve rapporten kom imidlertid for sent til at jeg har kunnet anvende den i noen særlig grad

1.7 Veien videre

Jeg går først kort gjennom rettskildebildet i kapittel 2, før jeg ser nærmere på lovligheten av innstrammingstiltakene etter norsk rett i kapittel 3. Kapittel 4 består av en redegjørelse av begrepet ”ulovfestet nødrett”, og myndighetenes informasjon om

hvordan de ureturnerbare best kan ivaretas. Kapittel 5 omhandler lovligheten av et høringsnotat med forslag til endring i sosialtjenestelovens forskrift. Jeg vil deretter se på lovligheten av innstrammingstiltakene i lys av folkeretten. Kapittel 9 består av en kort sammenfatning og egne vurderinger.

2 Rettskilder

2.1 Rettskilder i sosialretten

I sosialomsorgen er de sentrale rettskilder lovtekst, forskrifter, rundskriv, kommunale retningslinjer og juridisk litteratur. Praktiseringen av innstrammingstiltakene er i all hovedsak basert på rundskriv. Rundskriv er i utgangspunktet ikke en autoritativ rettskildefaktor, men må tillegges stor vekt dersom departementet er lojal mot lovens tekst, og rundskrivet har klargjørende anvisninger.⁷

Det foreligger lite rettspraksis på sosialrettens område. Saker mot forvaltningen kommer sjelden så langt som til retten. Begrunnelsen for det er at man som hovedregel ikke får fri rettshjelp i saker mot forvaltningen. Dette begrunnes med at man blir godt nok ivaretatt gjennom forvaltningens veiledningsplikt. Det ligger i sakens natur at få sosialklienter har råd til å gå til sak for egen regning.

I sosialtjenesteloven som i forvaltningen ellers, opprettholdes prinsippet om individuell behandling. Retningslinjer er derfor bare veiledende utgangspunkter.⁸ Det spesielle med sosialrettslige spørsmål, er at de tyngre rettskildene som lovens ordlyd og forarbeider ofte ikke gir noen særlig veiledning. Ofte enn ellers vil formålsbetraktninger og reelle hensyn være avgjørende. I realiteten er mye overlatt til sosialkontorets skjønn.

2.2 Rettsregler i andre land

Norges regler er de strengeste i Skandinavia. Både Danmark og Sverige har langt mykere regel enn Norge. Dette er land som er naturlig å sammenligne seg med.

⁷ Andenæs 2003 s. 204.

⁸ Andenæs 2003 s. 204.

Danmark har en regel om at opphold gis etter 18 mnd, forutsatt at asylsøkeren samarbeider med myndighetene om å dokumentere sin identitet. I Sverige bortfaller avslaget etter fire år om utkastelse ikke har vært mulig. I motsetning til Sverige og Danmark, har Norge ingen frist for når de innvilges oppholdstillatelse. Dermed kan de ureturnerbare forbli rettsløse individer et helt liv.

I 2004 kriminaliserte Storbritannia det å ankomme landet uten identifikasjonspapirer. Dette anses nå som en forbrytelse. Erna Solberg uttalte i Aftenposten den 16.10.04 at Norge fortløpende vurderer lignende kriminalisering.

2.3 I grenselandet mellom folkeretten og norsk rett

Menneskerettsloven ble vedtatt av Stortinget 21. mai 1999. Etter denne loven er Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) samt FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) med sine protokoller, gjort til norsk lov.

Det er i hovedsak disse konvensjonene jeg skal omtale og kommer derfor ikke inn på det mer problematiske skillet mellom norsk rett og folkerett. Selv om de overnevnte konvensjoner er inkorporert og således er en del av norsk rett, har jeg valgt å behandle nasjonal rett for seg, og folkeretten for seg. Begrunnelsen for dette er at EMK, ØSK og SP er internasjonale konvensjoner som omhandler menneskerettigheter, og må tolkes i lys av det. Lovgiver kan forandre nasjonal rett, men ikke slik at den strider mot internasjonale konvensjoner. Slik står folkeretten i en særstilling. En slik disposisjon gjør også avhandlingen mer oversiktlig.

Når det gjelder EMK er det sikkert at det foreligger rettigheter som skal håndheves. Mer komplisert er det når det gjelder overtredelse av SP. Der foreligger en viss tradisjon for å anse sosiale og økonomiske rettigheter som politiske målsetninger politikken bør tilstrebe å oppfylle, ikke som et rettskrav som domstolene skal håndheve. Dette begrunnes i en frykt for å viske ut skillet mellom rett og politikk dersom domstolene etablerer en praksis med å håndheve slike rettigheter.⁹ Dette kommer jeg

⁹ Institutt for offentlig retts skriftserie nr 1 s 61

nærmere inn på i kapittel 6, hvor jeg gir en fyldigere fremstilling av menneskerettighetene i norsk rett.

2.4 Tolkning av menneskerettslige konvensjoner

Folkerettslige konvensjoner skal tolkes etter Vienna Convention on the Law of Treaties, 23.5.1969 (Wien-konvensjonen) artikkel 31-33. Disse artikler inneholder allmenn aksepterte prinsipper i internasjonal lov. Etter artikkel 31 nr. 1 skal en traktat tolkes i god tro i overensstemmelse med den vanlige betydning av teksten i lys av dens hensikter og formål. Med teksten menes også fortalen og konvensjonens appendix. Artikkel 31 nr 2 viser til rettspraksis som tolkningsfaktor, og artikkel 32 fastsetter at også andre supplerende tekster skal tas i betraktning ved tolkningen. EMD har uttalt at man må søke den tolkning som er mest hensiktsmessig for å realisere traktatens formål og hensikt. Man bør ikke velge den tolkning som i størst mulig grad begrenser partenes forpliktelser.¹⁰ I traktater som EMK og SP, som fremmer menneskerettigheter, er konvensjonens formål spesielt viktig. Dette er bl.a. uttalt av FNs Menneskerettskomité.¹¹ At formålet skal ha stor vekt tilsier at begrensninger på rettigheter må tolkes strengt. De nye innstrammingstiltakene er tiltak som begrenser rettighetene til en gruppe mennesker.

Det antas etter presumsjonsprinsippet at norsk rett er i tråd med internasjonale forpliktelser. I Utlendingsloven § 4 er det fastslått at loven ”*skal anvendes i samsvar med nasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling*”. Dette betyr at menneskerettighetene går foran ved kollisjon mellom praksis og menneskerettslige standarder. Dette følger dessuten av Menneskerettsloven § 3.

¹⁰ EMD Case Wemhoff, judgment 27/06/1968, A7, premiss 23

¹¹ CCPR/C/28/D/118/1982, Canada, 18/07/1986

3 Lovligheten av innstrammingsiltakene etter norsk rett

3.1 Forholdet til lov om sosiale tjenester

Lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (Sosialtjenesteloven) oppstiller visse rettigheter for enkeltindividet. Jeg vil i det følgende se på om disse rettighetene blir overholdt i forhold til de ureturnerbare asylsøkerne.

3.1.1 Sosialtjenestelovens kapittel 5 – kravet til lovlig opphold

Etter sosialtjenesteloven § 5-1 har de som ikke selv kan sørge for eget livsopphold gjennom arbeid eller ved å gjøre gjeldende økonomiske rettigheter, krav på økonomisk stønad. En forutsetning er imidlertid at man har lovlig opphold. Etter forskrift til lov om sosiale tjenester¹² har ikke personer som oppholder seg ulovlig i riket rett til økonomisk stønad etter sosialtjenesteloven kapittel 5 jfr. forskriftens § 1-1.

At lovlig opphold kan være et vilkår for å gjøre rettigheter gjeldende kan også leses ut av utlendingsloven § 3 hvor det står:

”dersom ikke annet følger av gjeldende rettsregler, har utlendingen under sitt lovlige opphold i riket samme rettigheter og plikter som norske statsborgere”.

Kravet til lovlig opphold i sosialtjenesteloven gjelder kun for rettigheter etter sosialtjenestelovens kapittel 5. Lovlig opphold er ikke noe vilkår for retten til midlertidig husvære etter sosialtjenesteloven § 4-5, eller for å motta nødhjelp hjemlet i ulovfestede nødrettsbetraktninger. Allikevel har utlendinger uten lovlig opphold blitt nektet hjelp til bopel og nødhjelp. Flere av de ureturnerbare jeg intervjuet hadde fått avslag under henvisning til at de hadde et annet tilbud hvor de ville bli ivaretatt. Det ble uttalt at dersom man inngikk et konkret og troverdig samarbeid med IOM, ville man bli

¹² Forskrift til lov om sosiale tjenester m.v. 4. des. 1992 nr. 915

ivaretatt med kost og losji på Trandum eller et annet mottak i påvente av hjemreise. At det faktisk foreligger en praksis for at denne gruppen blir avvist under henvisning til andre alternativer, er også konklusjonen i SMED sin rapport:

”Forvaltningspraksis fra fylkesmannen i Oslo og Akershus går i den retning at samarbeid om retur både henvises til ved vurderinger etter § 4-5 om midlertidig husvære, og ved søknad om økonomiske ytelser i en nødssituasjon, herunder matpenger. Denne forvaltningspraksis har fått stor betydning for sosialtjenestens rettsanvendelse og skjønnsutøvelse i disse sakene.”¹³”

Et eksempel på fylkesmannens uttalelser er sak 04/481, hvor han gir sin tilslutning til sosialtjenestens rettsanvendelse. Sosialtjenesten gav her avslag på søknad om kost og losji, under henvisning til at søker hadde et forsvarlig tilbud dersom han samarbeidet om retur. Fylkesmannen uttalte blant annet:

”Ved vurdering av behov for nødhjelp og eventuell midlertidig bolig kan det legges til grunn at klager har annen mulighet til å sikre sitt livsopphold og nyttiggjør seg dette.... Fylkesmannen kan etter dette ikke se at det foreligger en spesiell, akutt nødssituasjon der klager vil ha krav på mat og sted å bo.”¹⁴”

Følgen av at samarbeid med IOM har blitt fremsatt som vilkår for hjelp, er at flere av dem som har motsatt seg frivillig retur har blitt nektet hjelp overhodet.

3.2 Sosialtjenestens adgang til å fastsette vilkår for sosiale ytelser

Det er på det rene at sosiallovgivningen er av subsidiær karakter, dersom andre alternativer for å sikre livsopphold foreligger, skal disse anvendes før man har rett på økonomiske ytelser etter loven. Prinsippet fremkommer direkte av lovteksten i sosialtjenestelovens § 5-1 hvor det forutsettes at personen ikke selv kan sørge for eget

¹³ SMED 2005 s. 54

¹⁴ sak 04/481 se SMED 2005 s. 54

livsopphold. Videre fastsetter sosialtjenestelovens § 5-3 første ledd første punktum uttrykkelig at det kan settes vilkår for tildeling av økonomisk stønad:

”Det kan settes vilkår for tildeling av økonomisk stønad, se også § 5-4 tredje ledd og § 5-8. Vilkårene må ha nær sammenheng med vedtaket, og ikke urimelig begrense stønadsmottakerens handle- eller valgfrihet. Vilkårene må heller ikke være i strid med andre bestemmelser i denne loven eller andre lover.

Det kan stilles vilkår om at mottakeren skal utføre passende arbeidsoppgaver i bostedskommunen så lenge stønaden oppebæres.”

Kravene utdypes i forarbeidene.¹⁵ Liknende bestemmelser er ikke oppstilt for andre hjelpeformer etter sosialtjenesteloven, herunder lovens § 4-5 om midlertidig husvære. Selv om det ikke foreligger en klar lovhjemmel, er det imidlertid en anerkjent oppfatning at forvaltningen har en viss adgang til å fastsette vilkår ved begunstigende forvaltningsavgjørelser. Denne adgangen er derimot begrenset av den ulovfestede vilkårlæren. Etter denne læren er det en forutsetning at adgangen ikke er begrenset i relevant lovgivning, at vilkårene har saklig sammenheng med begunstigelsen, og at vilkårene ikke er uforholdsmessig eller urimelig tyngende.¹⁶ Sosialrettslig litteratur har på grunnlag av dette lagt til grunn at vilkårlæren gjelder for ytelser også etter sosialtjenesteloven kapittel 4.¹⁷ Ingen reelle hensyn taler for at adgangen til å stille vilkår skal være smalere i kapittel 4 enn kapittel 5.

Reglene om bruk av vilkår i sosialretten skiller seg fra de generelle forvaltningsrettslige prinsipper om bruk av vilkår ved begunstigende vedtak, ved at klientene her ofte har rettskrav på den aktuelle ytelsen. Spørsmålet blir derfor hvordan klientens rettigheter skal kunne avveies mot de vilkår forvaltningen setter. Dersom adgangen til å knytte vilkår er bred selv når det er en tildeling som klienten har rettskrav på, vil dette svekke lovens rettighetspreg.

¹⁵ Ot.prp.nr 29 (1990-91) s. 82 og 161

¹⁶ Se for eksempel Graver 1999 s. 283-286.

¹⁷ Kjellevold 2000 s. 149-159.

Etter de nye innstrammingstiltakene har det blitt satt vilkår om samarbeid med IOM for utbetaling av sosiale ytelser, herunder nødhjelp. Videre er Trandum satt som et alternativ til hjelpeplikten i sosialtjenestelovens § 4-5.

Det første spørsmålet er om dette er lovlig stilte vilkår etter sosialtjenesteloven selv samt den ulovfestede vilkårlæren. Det andre spørsmålet er om det er hensiktsmessig å sette vilkår for nødhjelp overhodet. Se nærmere om dette i punkt 3.3.

3.2.1 Samarbeid med IOM - et lovlig vilkår?

Sosialtjenesteloven § 5-3 sier noe om bruken av vilkår etter sosialtjenesteloven.

Bestemmelsen gir også en viss veiledning i forhold til hvilke vilkår som kan stilles av forvaltningen på ulovfestet grunnlag.

Lovens ordlyd stiller krav til nær sammenheng mellom vedtak og vilkår, samt krav om at vilkåret ikke skal ramme den enkeltes frihet og integritet på en uheldig og krenkende måte. Dette er egentlig bare en lovfesting av hva som allerede følger av den alminnelige ulovfestede vilkårlæren. Dette kommer også til uttrykk i lovens forarbeider:

”selv om adgangen til å stille vilkår følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, foreslår departementet at dette også kommer til uttrykk i selve lovteksten, se utkastet § 5-3.”¹⁸

Den første vurderingen som må tas, er om saklighetsvilkåret er oppfylt. Vanligvis er dette en vurdering av om vilkåret er egnet til å fremme lovens formål. Å sette vilkår om samarbeid med IOM har som formål å returnere personer som oppholder seg ulovlig i landet. Dette er ikke et formål etter sosialtjenesteloven. At det skal fremme sosialtjenesteloven er imidlertid heller ikke et absolutt vilkår. For det første er det ikke nødvendigvis lovens hovedformål som må være fremmet. Det er i noen tilfeller tilstrekkelig at hensynet er relevant for den avgjørelsen som treffes.¹⁹

¹⁸ Ot.prp. nr 29 (1990-91) s. 82.

¹⁹ Kjellevold 2000 s. 154.

For det andre kan også vilkår som fremmer mer samfunnsnyttige mål, og formål regulert i annen lovgivning godtas. Regulering av innvandring er et av hovedformålene bak utlendingsloven. Dette er også hovedformålet med kravet om samarbeid med IOM. Det er dessuten et underliggende formål om ikke å utnytte velferdsstaten, og at ressursene skal anvendes på dem som virkelig trenger det. Dette er følgelig også et formål med sosialtjenesteloven. Konklusjonen blir nødvendigvis at kravet til samarbeid med IOM ikke strider med vilkåret om saklig sammenheng.

Det neste spørsmålet som gjør seg gjeldende, er om et slikt krav er uforholdsmessig eller urimelig tyngende. Dette er en vurdering av hvor langt det offentlige kan gå i retning av inngrep overfor asylsøkerne for å fremme lovformålet eller alminnelige samfunnsmessige formål. Her foretas en avveining mellom byrden en pålegger asylsøkeren mot samfunnets behov for å benytte seg av virkemiddelet. Det er vanskelig å si noe generelt om hvor stor denne byrden er for den enkelte asylsøker siden man ikke vet hva som venter i hjemlandet. Denne vurderingen kan bli svært forskjellig fra asylsøker til asylsøker. Det er derimot ikke vanskelig å tenke seg tilfeller hvor byrden vil være å anse som særdeles stor. Til sammenligning kan det å pålegge arbeidsytelse som et vilkår for sosiale ytelser, være et uforholdsmessig tyngende vilkår. Momenter som tillegges vekt i denne vurderingen er foruten arbeidets karakter, klientens subjektive opplevelse av å bli pålagt arbeidet. Tidligere arbeidserfaring er her et moment.²⁰ På bakgrunn av dette bør man kunne slutte seg til at også ved krav om samarbeid med IOM må utlendingens subjektive opplevelse legges til grunn. Dette til tross for at myndighetene har vurdert det som trygt for den enkelte å reise hjem, og til tross for at dette skulle være en korrekt avgjørelse. Vilkårets tyngende karakter bør vurderes konkret i forhold til den enkelte, og ikke være et krav som automatisk foreligger ved endelig avslag. At så få har benyttet muligheten til hjemreise med IOM til tross for at konsekvensen av dette er stor, er et moment som underbygger at kravet kan virke svært tyngende. Andenæs har uttalt at *”bruk av vilkår bør drøftes med søkeren slik at han ikke skal føle seg tvunget til å akseptere vilkår som føles krenkende eller urimelige”*. Videre at det er *”liten hensikt å fastsette vilkår som det er lite sannsynlig at søkeren vil være i stand til å overholde”*.²¹ Dette bringer meg til det andre

²⁰ Kjellevold 2000 s. 177

²¹ Andenæs 2003 s. 229

momentet i forholdsmessighetsvurderingen, som er vurderingen av samfunnets behov for å benytte seg av virkemiddelet.

Utgangspunktet må være at det foreligger et stort behov for å effektivere et utvisningsvedtak. At så få har benyttet seg av tilbudet kan imidlertid tyde på at dette ikke er et egnet virkemiddel. IOMs egne tall på returnerte asylsøkere etterlever ikke forventningene. De er ikke i nærheten av å nå de forespeilte mål om uttransportering. Tall fra politiets utlendingsenhet viser at retur via IOM avvek fra målet med 70 prosent i 2004. Pr 02.12.04 var tallet på personer som hadde returnert med IOM 870. Ved inngangen av året hadde man satt seg et mål om at 2.917 skulle ha returnert til da. Ved årets slutt var målet å få returnert 3.500. Fungerende leder for IOM begrunner de dårlige resultatene med at ønske om å bli i landet, er så sterkt at de ikke er innstilt på å høre om frivillig retur overhodet. Med så dårlige resultater er det lettere å argumentere med at det foreligger uforholdsmessighet.

3.2.2 Retten til midlertidig husvære i sosialtjenestelovens § 4-5

Sosialtjenestelovens § 4-5 omfatter personer som ikke klarer å finne et "husvære" selv. Det foreligger ikke noe vilkår om lovlig opphold.

Lovens ordlyd "ikke klarer", forutsetter en vurdering av klientens fremtidige muligheter, og gir dermed ikke grunnlag for noen tilbakeskuende virkning. Det er derfor ikke relevant om utlendingen selvforskyldt har kommet i en situasjon hvor han har behov for hjelp. Man burde således ikke kunne se bort fra denne hjelpeplikten ved å henvise til vilkår om samarbeid med IOM. Sosialtjenestelovens § 4-5 fremsetter heller ikke et generelt krav om at klienten må ha gjort et aktivt forsøk på å skaffe seg husvære.

3.2.3 Tilbudet på Trandum – et alternativ til sosialtjenestelovens § 4-5?

Nedenfor i punkt 4.1.1 vil jeg gjennomgå et konkret eksempel hvor en kvinne bl.a. ble nektet midlertidig bolig etter sosialtjenesteloven § 4-5. Da hun anket avslaget inn for fylkesmannen ble det den 03.09.04 fastslått at hun ikke hadde krav på midlertidig bolig etter sosialtjenesteloven § 4-5 med den begrunnelse at:

”Klagers situasjon ivaretas ved at hun kan kontakte politiet og få tilbud på Trandum asylmottak inntil hun kan forlate landet.”

Når det gjelder retten etter sosialtjenesteloven § 4-5, stiller Sosialdepartementets veileder²² opp visse kvalitetskrav til det boligtilbud det henvises til. Blant annet blir det stadfestet at boligtilbudet må ha god adgang til bad og toalett. Dersom ikke særlige grunner taler mot det, skal beboerne også ha adgang til å motta besøk. Videre er det fastsatt at beboerne skal ha rett til privatliv. Retten til privatliv er dessuten en menneskerettighet nedfelt i EMK artikkel 8.²³

Når politiets utlendingsinternat på Trandum blir oppstilt som midlertidig husvære etter sosialtjenesten § 4-5 må utlendingsinternatet ha de nødvendige kvaliteter. På Trandum har beboerne verken anledning til å bevege seg fritt, eller til å ta imot besøk. Beboerne bor dessuten så trangt at det er usikkert om internatet oppfyller vilkåret om retten til privatliv. Trandum er en fengselspreget institusjon som egentlig er beregnet på varetekt, og kortvarig opphold av personer som skal tvangsreturneres. Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse (ECRI) har kommet med sterk kritikk av denne måten å behandle de ureturnerbare på.²⁴ Kritikken går bl.a. på at det er uholdbart å behandle dem som kriminelle.

Spørsmålet som reiser seg er om kommunen kan kreve at klientene benytter alle oppholdsmuligheter før hjelpeplikten etter sosialtjenesteloven § 4-5 inntreffer. Som eksempel kan ikke fanger på rømmen antas å ha krav på sosialhjelp. Dette er begrunnet med at de er sikret tak over hodet og livsopphold ved å vende tilbake til fengselet.²⁵ Problemstillingen er om man på bakgrunn av samme resonnement kan nekte asylsøkere med endelig avslag hjelp etter sosialtjenesteloven § 4-5, ettersom de er sikret tak over hodet ved å henvende seg til Trandum.

²² Sosialdepartementets veileder U-5/ 2003

²³ Se punkt 6.5.1

²⁴ På NOAS hjemmeside www.noas.no ligger utdrag av ECRI sin kritikk

²⁵ Andenæs 2003 s. 222

Ut fra en språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd, vil internatet på Trandum måtte regnes som et "husvære". Sosialtjenesteloven § 4-5 skiller ikke mellom oppholdssteder som kun har til formål å dekke behov for bosted og andre oppholdssteder.

Bestemmelsens formål om å dekke et "akutt behov for husvære", taler for at hjelpeplikten ikke bør inntre dersom klienten har et konkret tilbud om opphold annet sted.

Selv om det ikke uttrykkelig går frem av lovens ordlyd eller forarbeider, kan det likevel ikke ha vært hensikten å begrense hjelpeplikten slik at klienter som mangler et oppholdssted, må samtykke i et tilbud hvor man må kontakte politiet og bistå med egen hjemreise. Et sammenlignbart område, kan være når en klient blir nektet hjelp dersom han ikke søker innleggelse på avrusning eller psykiatrisk institusjon. Dette blir regnet for å være av så inngripende karakter at det ikke kan rettferdiggjøre de offentlige interesser som ligger bak. Ved et så alvorlig og tyngende inngrep må det stilles krav til en særskilt og klar hjemmel. Jeg kan ikke se at det å bli tvunget til egen retur skal fremstå som mindre inngripende for utlendingen.

Det vil dessuten neppe være hensiktsmessig å tolke sosialtjenesteloven § 4-5 slik at utlendingene kan velge mellom Trandum eller ikke noe tilbud i det hele tatt. Retur er for mange ikke et alternativ, og de vil da stå helt uten noe tilbud. Deres sosiale problemer vil følgelig bli ytterligere forsterket.

Når lovlig opphold ikke er et vilkår for rett til tak over hodet, bør heller ikke sosialtjenesten avstå fra hjelpeplikten etter sosialtjenesteloven § 4-5 under henvisning til et alternativ som medfører bistand til hjemreise. Bruk av vilkår for ytelser som klienten har et rettskrav på må brukes med særlig forsiktighet. Slike vilkår kan være et betydelig inngrep i en rettighet som lovgiver har tildelt individet. På bakgrunn av dette mener jeg at hjelpeplikten må inntre selv om utlendingen har tilbudet på Trandum.

3.3 Opphør av hjelpeplikt ved brudd på fastsatte vilkår?

Dersom asylsøkerne ikke oppfyller de vilkår som sosialtjenesten har satt, oppstår spørsmålet om hvilke konsekvenser dette vilkårsbruddet kan få. Det er ikke her tale om brudd på lovbestemte vilkår, men tilleggsvilkår satt av sosialtjenesten.

Kan da alle former for hjelp, både sosiale ytelser og tilbudet om midlertidig husvære bortfalle?

I lovforarbeidene er det uttalt at brudd på vilkår som fastsatt i medhold av sosialtjenestelovens § 5-3, kan medføre stopp i løpende utbetalinger, men at en klient som er i en nødssituasjon uansett vil ha krav på nødhjelp.²⁶

Nødhjelp er altså det som står igjen dersom man blir nektet annen sosialstønad pga manglende oppfyllelse av vilkår. På bakgrunn av dette, er det heller tvilsomt at det i det hele tatt kan stilles vilkår for utbetaling av nødhjelp.

Når det gjelder plikten i sosialtjenestelovens § 4-5 om å skaffe midlertidig husvære, kan ikke uttalelsene i lovforarbeidene anses som tilstrekkelig rettslig grunnlag for at denne plikten opphører. Dette fordi lovforarbeidenes uttalelser ikke knytter seg til denne bestemmelsen.

²⁶ Ot.prp. nr. 29 (1990-91) s. 162

4 Nødrett etter ulovfestede nødrettsbetraktninger

Rett til livsoppholdsutgifter er et rettskrav etter ulovfestede nødrettsbetraktninger. Jeg vil i det følgende se på om disse rettighetene blir overholdt i forhold til de ureturnerbare asylsøkerne.

I utkastet til ny sosiallov forelå en egen bestemmelse om nødhjelp. I utkastets § 5-7 het det:

”Uavhengig av om vedkommende har rett til normert stønad skal sosialtjenesten alltid yte stønad til umiddelbare og nødvendige utgifter til mat, klær og midlertidig husvære.”

Som en konsekvens av at forslaget om normert stønad ble avvist, falt denne bestemmelsen ut i proposisjonen til loven.²⁷ Det ble allikevel stadfestet at retten til nødhjelp uansett følger av lovens hovedregel om rett til stønad til livsopphold:

”En søker kan etter gjeldende rett – ut fra alminnelige nødrettsbetraktninger – ha krav på nødhjelp i en akutt krisesituasjon uavhengig av årsaken til hjelpebehovet... Loven gir rett til livsoppholdsutgifter i slike situasjoner.”

Til tross for at asylsøkere uten lovlig opphold ikke har krav på sosiale ytelser etter de alminnelige bestemmelser i sosialtjenesteloven, har Kommunal- og regionaldepartementet, Utlendingsdirektoratet, Arbeids- og sosialdepartementet samt Sosial- og helsedirektoratet flere ganger vært uttalt at *”folk ikke skal fryse i hjel på gaten eller sulte i hjel i Norge”* og at *”Asylsøkerne har rett på hjelp etter ulovfestede nødrettsbetraktninger.”*

²⁷ Ot, prp. Nr 29. (1990-91) s. 79

Uretturnerbare asylsøkere som har fått endelig avslag, og dermed mistet botilbud og muligheten til midlertidig arbeidstillatelse har således blitt henvist til sosialkontorene. Uklare ansvarsforhold har imidlertid ført til at mange har blitt nektet hjelp.

4.1 Myndighetenes informasjon om rettstilstanden.

Den 19.12.2003 ble det sendt ut et brev fra Arbeids- og sosialdepartementet hvor det stod:

”Samfunnet som sådan har imidlertid et generelt ansvar for å nyte akutt, livsnødvendig hjelp i form av sosiale tjenester i spesielle, akutte situasjoner uavhengig av oppholdets lovlighet.”

Likevel var praksis forskjellig fra kommune til kommune, og fra sosialkontor til sosialkontor. Den 04.10.04 ble det derfor sendt ut et nytt skriv til alle landets kommuner hvor det ble vist til brevet av 19.12.03, og hvor ovenstående avsnitt ble gjentatt. Videre ble det uttalt at:

”Departementet vil presisere at ingen skal sulte eller fryse i hjel, og at sosialtjenesten må yte livsnødvendig hjelp i en akutt krisesituasjon, også til personer uten lovlig opphold. Dette er ikke regulert av loven eller forskriften, men følger av ulovfestede betraktninger om plikt til å hjelpe mennesker i nød.”

Til tross for dette, foreligger rettslige uklarheter knyttet til det nærmere innholdet i departementets retningslinjer når det gjelder de ureturnerbare. Spørsmål som gjør seg gjeldende er: Hva ligger i disse ulovfestede nødrettsbetraktningene? Hva er en akutt krisesituasjon, og hvor lenge kan en akutt situasjon vare?

SMED rettet den 1.12.04 en henvendelse til Arbeids- og sosialdepartementet og etterlyste retningslinjer for anvendelse av de ”ulovfestede nødrettsbetraktninger”. Departementet besvarte SMEDs henvendelse i brev av 9.12.04, og uttrykte følgende om behovet for presisering i form av retningslinjer:

*”Departementet har stor forståelse for ønsket om klarere retningslinjer på dette området. Det er samtidig **ikke mulig å gi retningslinjer** for hvem som har ansvaret for at det gis akutt livsnødvendig hjelp i en nødssituasjon, da plikten til å hjelpe mennesker i nød **påligger oss alle**. Dette gjør det også vanskelig å gi retningslinjer for hva slags hjelp kommunene skal yte når de står over slike saker” (SMEDs uthevning).²⁸*

Dette er mildt sagt en sjokkerende uttalelse fra Arbeids- sosialdepartementet, hvor myndighetene fraskriver seg sitt ansvar, for så å legge det over på befolkningen for øvrig. Når det i Svolvørsaken²⁹ ble uttalt at sosialhjelpen som ytes i akutte nødssituasjoner ivaretar **statens** forpliktelser etter EMK artikkel 3, var nok ikke tanken bak, at dette ansvaret skulle ligge hos det sivile samfunn.

4.1.1 Konsekvensen av myndighetenes informasjon av rettstilstanden

Myndighetens uttalelser om nødrett forutsetter at sosialkontorene har den nødvendige kunnskap på området. Nettverk mot statlig rasisme har siden de nye reglene ble iverksatt hatt nær kontakt med omkring 50 etiopiske flytninger som er kastet ut av asylmottak. Av disse får færre enn 20 nødhjelp fra et av Oslos sosialkontorer. Enda færre, ca 10 har fått plass i kommunens hybelhus. Resten har måttet bo på gaten, eller hos privatpersoner som har stilt rom til disposisjon.

Representanter fra Nettverk mot statlig rasisme, deriblant Stein Lillevolden har fulgt flere av de ureturnerbare rundt om på de forskjellige sosialkontorer i Oslo. I tilfeller hvor asylsøkere ble nektet hjelp, ble det fremlagt avisutklipp hvor Arbeids og sosialdepartementet presiserer at ”... ingen skal sulte og fryse i hjel”, og at ”sosialtjenesten må yte livsnødvendig hjelp i en akutt krisesituasjon, også til personer *uten lovlig opphold*”. I møte med sosialetaten hjalp ikke Arbeids og sosialdepartementets uttalelser. En sosionom på Grorud sosialkontor uttalte bl.a.:

²⁸ SMEDs høringsinnlegg av 09.02.05.

²⁹ Se punkt 4.3.1

”Her følger vi loven, og ikke hva tilfeldige politikere måtte si”³⁰

Jeg har selv intervjuet et titall ureturnerbare, disse kommer med lignende historier om sosionomer som uttaler at de ikke kan forholde seg til vage retningslinjer fra politikere. At loven ikke blir fulgt i sosialsektoren er ikke en ny problemstilling. En undersøkelse av Olav Molven og Einar Vetvik i 1986³¹ viste at praktiseringen av forvaltningsloven i sosialsektoren brøt med en rekke av lovens forutsetninger. I 1990 foretok Kristian Andenæs og Åsta Skre³² en ny empirisk undersøkelse om praktiseringen av forvaltningsloven og sosialomsorgsloven. Også denne undersøkelsen avdekket alvorlige lovbrudd. Det mest oppsiktsvekkende var kanskje holdningen som rådet på de forskjellige sosialkontor. Andenæs gjengir i sin bok ”Sosialomsorg i gode og onde dager” samtaler han har hatt med flere sosialkontor. Hva som blir fremlagt er skremmende lesning. Det fortelles her om en utpreget klientfientlig holdning, og arroganse overfor loven. Det rapporteres også om ulovlig stilte vilkår. Et eksempel er fra Sinsen sosialkontor, hvor klienten fikk beskjed om at hun måtte legges inn på klinikk for å få sosialhjelp. Da hun ikke var villig til dette ble hjelpen stoppet, og hun gikk uten midler i 3 måneder. Klienten henvendte seg da til Klientaksjonen. Klientaksjonen tok en telefon til Sinsen sosialkontor hvorpå saksbehandleren innrømmet at vilkåret var ulovlig. Klientutvalget fra 1991 konkluderer i sin rapport at:

”Denne typen ulovlig vilkårsetting rammer de svakest stilte klienter hardest. Det er ofte denne gruppen som har minst kjenneskap til rettighetene de har i lovverket, de er følgelig også mest sårbare i forhold til vilkårlig saksbehandling og ulovligheter fra sosialetatens side.”

Når det gjelder forholdet til de ureturnerbare asylsøkerne i dag, ser det ut til at det er de samme holdninger som Andenæs rapporterte om i 1990 som fortsatt er gjeldene. Da jeg tok kontakt med Departementet for å forøke å få informasjon om retningslinjer for nødhjelp, ble jeg henvist til å ta kontakt med sosialkontorer i Oslo. Det ble uttalt at

³⁰ Dobbeltspill om flyktninger, kronikk av Stein Lillevolden i Dagbladet 19.02.05

³¹ Molven/Vetvik 1986.

³² Andenæs/ Skre 1990.

dette er enkel juss som sosialkontorene jobber med daglig og rutinemessig.³³ Jeg viste da til Arbeids- og sosialdepartementets brev til SMED hvor det uttales at det ikke er mulig å gi retningslinjer, og at slik plikt påligger oss alle. På mitt spørsmål om hvorfor ikke departementet er i stand til å gi retningslinjer dersom det er tale om enkel juss, var svaret at nærmere retningslinjer ikke er nødvendig. Videre at sosialkontorene er kompetente til å ta en avgjørelse av når en nødssituasjon foreligger. Man kan spørre seg om retningslinjer er unødvendig når praksis er forskjellig fra sosialkontor til sosialkontor. Helt sikkert er det at det ikke er enkel juss. Når heller ikke Sivilombudsmannen har reglene klart for seg, tyder mye på at det her er tale om ”finjuss”.

Jeg vil i nedenforliggende punkt forsøke å belyse problemene i lys av en konkret sak. Vedtaket nedenfor er bare et av flere eksempler. Henvendelser fra asylsøkere med negativt vedtak til organisasjoner som har engasjert seg på området, tyder på at mange avvises uten at det tas stilling til realiteten i den enkeltes situasjon først. Dette er også et gjennomgående tema i SMSDs rapport.³⁴

4.1.2 Konsekvenser belyst ved et konkret eksempel

Saken gjaldt en kvinnelig eritreisk statsborger med endelig avslag på sin asylsøknad. Hun kom til Norge som asylsøker i september 2000, og mottok avslag på søknad om asyl fra UDI 25.04.01. UNE opprettholdt avslaget 21.08.01. Ikke på noe tidspunkt gjorde myndighetene forsøk på å uttransportere henne og dermed effektivt ege vedtak. Av frykt for fremtidige overgrep returnerte hun ikke av fri vilje.

Til tross for endelig avslag arbeidet hun, og betalte skatt til staten både i 2002 og 2003. Hun har ikke på noen tidspunkt fått sosialstøtte eller andre trygdeytelser fra det offentlige. I 2004 ble hun i samsvar med de nye reglene nektet skattekort. Hun sluttet å arbeide 13.04.04 som en konsekvens av manglende arbeidstillatelse. Dermed hadde hun ingen mulighet til å forsørge seg selv, eller skaffe seg tak over hodet. Videre forelå det heller ikke lenger noe tilbud på mottaket ettersom hun ikke forlot landet frivillig.

³³ Telefonintervju 1. mars 05

³⁴ SMED 2005

Da hun befant seg i en akutt vanskelig situasjon leverte hun søknad om sosialhjelp på Grünerløkka sosialsenter. Sosialsenteret avsto søknaden. Den 14.06.04 søkte SMED om sosialhjelp på hennes vegne. Den 25.06.04 avsto Grünerløkka igjen søknaden med den begrunnelse at:

Politiet opplyser at søker har "tålt-opphold". Dette betyr at søker ikke omfattes av lov om sosiale tjenesters bestemmelser."

Den 14.07.04 fremsatte SMED klage på vegne av søker. SMED anførte feil lovanvendelse og fremførte i klagen:

"Vi presiserte i søknaden at søknaden omfattet nødhjelp og tak over hodet. Sosialtjenesten har i sitt avslag utelukkende vurdert om klienten faller inn under den personkretsen som omfattes av rett til sosial stønad etter sosialtjenesteloven kapittel 5 og konkluderer med at personen ikke har rett til dette. SMED mener at sosialtjenesten i tillegg skulle ha vurdert søknad om sosialhjelp etter sosialtjenesteloven § 4-5 og nødhjelp ut fra de ulovfestede nødrettsbetraktninger."

Den 03.09.04 stadfestet fylkesmannen i Oslo og Akershus sosialtjenstens avslag. Fylkesmannen fastslo at hun ikke hadde krav på nødhjelp og midlertidig bolig etter sosialtjenesteloven § 4-5 og henviste til at:

"Klagers situasjon ivaretas ved at hun kan kontakte politiet og få tilbud på Trandum asylmottak inntil hun kan forlate landet. Klager vil da få dekket det nødvendige livsopphold inntil utreise, slik at hun derfor ikke vil være i behov for nødhjelp etter alminnelige nødrettsbetraktninger."

Den 04.11.2004 påklaget SMED Fylkesmannens avslag til Sivilombudsmannen.³⁵ SMED anførte her at fylkesmannens vedtak var ugyldig fordi lovanvendelsen er feil.

³⁵ SMEDs klage til sivilombudsmannen av 04.11.2004. Ref. 04/216-MN-27

Subsidiært ble det anført at vedtaket var ugyldig fordi resultatet er sterkt urimelig, og at skjønnsutøvelsen medfører usaklig forskjellsbehandling.

Sivilombudsmannen tok ikke da stilling til enkeltsaken, men henvendte seg til Departementet.³⁶ I hans brev til Departementet den 6. januar 2005 påpekte han at det foreligger uklarheter knyttet til retningslinjene, og oppfordret departementet til å klargjøre ulike aspekter knyttet til ”ulovfestet nødrett” som grunnlag for ivaretagelse av personer i en nødssituasjon.

Sivilombudsmann Arne Fliflet skriver i sitt brev:

”Ombudsmannen har mottatt flere henvendelser om retten til sosiale tjenester for personer uten lovlig opphold i Norge. Jeg har funnet grunn til å gjøre departementet oppmerksom på uklarheter i retningslinjene for forvaltningens behandling i disse sakene, jf. Ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 §11. ”

Sivilombudsmannen fremsetter videre 5 spørsmål hvor han synliggjør uklarheter i henhold til de nye reglene. Han stiller følgende spørsmål:

Hva er innholdet i ”Ulovfestede nødrechtsbetraktninger?

Er man i nød dersom man ikke samarbeider om frivillig retur?

Kan avslag på slik nødhjelp påklages og hva er i så fall klageinstansen?

Hvordan skal slik nødhjelp finansieres?

Saken er fortsatt under behandling og sivilombudsmannen har pr. i dag ikke fått svar på sine spørsmål. Slik situasjonen er våren 2005 ender man opp med en rekke løse spørsmål uten noen klare svar. Det foreligger store uklarheter angående hvilke rettigheter som utløses med ”ulovfestede nødrechtsbetraktninger”. Således er det bemerkelsesverdig at myndighetene avstår fra å presisere hvilke rettigheter som utløses med hjemmel i et slikt rettsgrunnlag.

³⁶ Sivilombudsmannens sak 2004 / 3108

4.2 Norsk rettspraksis i forhold til nødhjelp

Det foreligger ikke rettspraksis som klargjør innholdet av nødhjelpen til tross for at nødhjelp etter ”ulovfestede nødrettsbetraktninger” ikke er et nytt fenomen.

Begrunnelsen for dette er som jeg gjorde rede for i punkt 2.1, at saker mot forvaltningen praktisk talt aldri kommer opp for retten.

I det lille materiale som foreligger i forhold til ureturnerbare asylsøkeres rettigheter er ikke nødhjelp direkte behandlet. Det foreligger imidlertid uttalelser hvor nødhjelp er forutsatt.

4.2.1 Svolvær saken

Den såkalte Svolvær- saken ble behandlet i tre instanser, og gir en viss veiledning i forhold til minstestandarden for sosial omsorg overfor personer uten lovlig opphold.

Etiopiske Opse Dhina Sasiga var den første som myndighetene gikk til sak mot etter at de nye reglene ble innført.³⁷ Saken gjaldt tvangsfravikelse av fast eiendom etter tvangsfullbyrdsesloven 13-2 tredje ledd bokstav e.

I avgjørelse 22.10.04 fra Hålogaland lagmannsrett, fikk staten medhold i utkastelse fra asylmottak da hun ikke hadde lovlig opphold. Staten fikk også medhold i at utkastelsen ikke var i strid med EMK artikkel 3 slik hun hadde anført. Retten uttalte imidlertid:

”lagmannsretten er ikke kjent med omfanget av den sosialhjelp som etter norske retningslinjer skal ytes den enkelte i akutte nødssituasjoner, men konstantere at slik hjelp også skal ytes overfor utlendinger med ulovlig opphold i landet. Det legges til grunn at A vil kunne få slik hjelp om nødvendig dersom hun velger å ikke forlate landet etter fravikelse, og at dette i utgangspunktet er tilstrekkelig for at staten skal ivareta sine forpliktesler etter EMK artikkel 3.” (min uthevning)

³⁷ Om Svolværsaken se også punkt 5.4

Saken ble anket, og 10.01.05 (sak nr. 2004/1859) gav Høyesteretts kjæremålsutvalg sin tilslutning til Lagmannsrettens premisser. Således la både lagmannsretten og Høyesterett til grunn at det eksisterer rettigheter uavhengig av samarbeid om retur. En svakhet med dommen er imidlertid at den ikke går nærmere inn på hva rettighetene omfatter.

5 Høringsnotat om endring av forskrift

Regjeringen har gjennom utkast til endringer til sosialtjenesteloven foreslått å utvide kravet til lovlig opphold til også å gjelde rett til tjenester etter sosialtjenestelovens kapittel 4. Forslaget kom på samme tid som iverksettelsen av ordningen med bortfall av botilbud i mottak. Jeg vil i følgende se nærmere på lovligheten av en slik utvidning.

Sosialdepartementet foreslår i utkast³⁸ til forskriftens § 1-1 at:

”... retten til økonomisk stønad fortsatt skal knyttes til et vilkår om lovlig opphold i Norge, og at kravet om lovlig opphold utvides til også å gjelde rett til tjenester etter kapittel 4. Dette innebærer at personer som oppholder seg ulovlig i landet verken har rett til økonomisk bistand til å fortsette oppholdet, eller praktisk bistand så lenge det ulovlige oppholdet varer.

Departementet legger vekt på at det bør være konsistens mellom ulike myndigheters vedtak, og at sosialtjenesten i sin saksbehandling må legge til grunn lovlig vedtak fattet av andre myndigheter, uavhengig av om dette virker positivt eller negativt for den enkelte. Det vil være inkonsekvent dersom personer som oppholder seg ulovlig i landet får stønad av det offentlige til dekning av utgifter knyttet til å fortsette slikt opphold, eller motta sosiale tjenester fra kommunen under oppholdet.”

Lov om sosiale tjenester er å anse som en ”rammelov”. Med dette menes at på flere områder er reglene nærmere fastsatt i forskrift. Forskrift er i utgangspunkter like bindene som loven selv. Når det gjelder forhold som pålegger individet plikter og byrder, er det derimot en forutsetning at forskriften ligger innenfor lovens rammer. Forskriften kan ikke utvide anvendelsen av loven, eller regulere forhold som ikke faller

³⁸ Høringsnotat om forslag til endringer i forskrift. 30 juni 2004.

inn under den dersom forskriften omhandler plikter og byrder. Bare når det er tale om begunstigende rettigheter for individet kan forskrift gå utenfor lovens rammer.

5.1.1 Bortfall av hjelpeplikten i sosialtjenestelovens § 4-5 om midlertidig husvære

Pr. dags dato er sosialtjenesten forpliktet til å finne midlertidig husvære til dem som ikke klarer det selv. Dette følger av sosialtjenesteloven § 4-5. I motsetning til tjenester etter lovens kapittel 5, er det ikke her noe krav om lovlig opphold. Dersom kravet til lovlig opphold også skal omfatte kapittel 4, er sosialtjenesten bl.a. ikke lenger forpliktet til å finne midlertidig husvære for dem som ikke klarer det selv. Problemstillingen er om det kan være i strid med sosialtjenesteloven at en gruppe mennesker ikke skal ha sosiale rettigheter overhodet.

I Sosialdepartementets forslag foreligger ingen problematisering av om forskriften kunne komme i strid med loven.

Forslaget har derimot vakt sterke reaksjoner hos humanitære organisasjoner og i juridiske kretser. Forskriftsendringen er inntil videre lagt på is i påvente av nærmere konsekvensutredning.

Jeg vil i det følgende se på om en slik forskriftsendring kan være i strid med sosialtjenestelovens formålsparagraf.

5.1.2 Sosialtjenestelovens formålsparagraf

Sosialtjenestelovens formål er å fremme økonomisk og sosial trygghet. Loven skal forebygge sosiale problemer og bedre levevilkårene for vanskeligstilte. Den har også som formål å sikre klienters rettssikkerhet.³⁹

”Loven om sosiale tjenester § 1-1 er så generelt utformet at den ikke bare kan tjene som formålsbestemmelse for denne loven, men mer som er generell ”grunnlov” for hele den norske velferdsstaten.”⁴⁰

³⁹ Se nærmere om sosialtjenestens mål og hovedprinsipper i NOU 1985: 18 kapittel 6

Asbjørn Kjønstad sitt utsagn underbygges også av sosialtjenestelovens historie. Selv om sosialtjenesteloven ikke oppstiller noe minstepeløp for livsopphold, er det sikker rett at stønaden ikke skal være lavere enn den tidligere fattiglovgivningen som skulle forhindre at folk døde av sult og kulde.

Å frata en gruppe alle rettigheter, slik at de ikke sitter igjen med noen, er tvilsomt i tråd med dette formålet. Snarere tvert imot. Man kan da stille spørsmålet om Sosialdepartementet står fritt til å foreta en slik forskriftsendring? Sosialdepartementet selv mener at en slik forskriftsendring er uproblematisk da det etter deres syn ikke er tale om å forandre gjeldende rett, men kun er en presisering.

Sosialtjenestelovens formål gjør det vanskelig å anse dette som kun en presisering. Trolig vil forslaget innebære det motsatte av lovens formål, nemlig redusert økonomisk og sosial trygghet, reduserte levevilkår, økte sosiale problemer samt redusert sikkerhet. Når en forskriftsendring innebærer en endring av de verdier og prinsipper som sosialtjenesteloven hviler på, taler mye for at dette bør skje ved lovendring.

En grunn til at vesentlige endringer i en lovs anvendelsesområde ikke bør skje ved endring i forskrift, men ved lovendring, er at lovendring vil sikre en bedre utredning av alle sider av saken. Siden det her er tale om forhold hvor man fratar minimumsrettighetene til en definert gruppe mennesker, er saken av en slik karakter at den også bør underlegges konstitusjonell kontroll. Aslak Syse har bl.a. uttalt at regelendring av slik karakter bare bør skje ved lovendring, for å sikre legaliteten ved at enkeltpersoner er så rettsløse.⁴¹ Prinsipielle verdispørsmål bør sikres bred politisk oppslutning før de vedtas.

Etter Sosialtjenesteloven § 1-1 er det lovens formål å sikre alle et minstetilbud. Det samme er å lese ut av forarbeidene.⁴² Dette er lite forenelig med regler som har som

⁴⁰ Kjønstad 2000 s. 26

⁴¹ Lov og rett nr 10, 2004

⁴² NOU 1985:18 s 48 – 52 og 332, Ot.prp. nr 29 1990-91

formål at en gruppe skal falle totalt gjennom, og ikke ha noen form for siste sikkerhetsnett.

En slik forskrift er også problematisk i forhold til EMK artikkel 3. Jeg kommer nærmere inn på statens forpliktelser etter denne bestemmelsen i punkt 6.3.

6 Lovligheten av innstrammingsiltakene etter folkeretten

Folkeretten kan defineres som visse regler som ikke (bare) er en del av de enkelte nasjonale system, men som har internasjonal gyldighet.⁴³ Menneskerettighetene er en del av folkeretten, med det særtrekk at de gir vern til enkeltindividet, først og fremst mot inngrep fra staten. Jeg vil i det følgende se nærmere på om Norge oppfyller sine folkerettslige forpliktelser i forhold til de ureturnerbare.

6.1 Menneskerettigheter

Det foreligger ingen ”offisiell” definisjon av hva som inngår i begrepet menneskerettigheter. Menneskerett defineres ofte som grunnleggende krav til individets stilling. I denne fremstillingen vil det dreie seg om rettigheter i forholdet mellom individ og stat. Disse rettighetene går på tvers av landegrenser, og gjelder uansett rettssystem i det enkelte land. Enhver stat skal verne om menneskerettighetene og sikre at de blir overholdt. Menneskerettighetene kan påberopes av individet både overfor nasjonale og internasjonale domstoler og kontrollorgan. Hvor nasjonalt vern ikke er tilstrekkelig, er menneskerettighetene beskyttet av et internasjonalt vern i form av forskjellige menneskerettighetsdomstoler. Dette er særlig aktuelt hvor det er staten selv som er å anse som overgriper.

Menneskerettighetskonvensjoner Norge har implementert fastslår at det er **staten** som er ansvarlig for å sikre enkeltindividets rettigheter.

Spørsmål som vil bli stilt i det følgende er om staten har overholdt denne plikten overfor de ureturnerbare asylsøkerne.

⁴³ Fleischer 1997 s 18

6.2 Menneskerettighetene i norsk rett

I 1994 ble § 110c tilføyd i grunnloven. Her fastslås det at det påhviler statens myndighet å respektere og sikre menneskerettighetene, og at nærmere bestemmelser skal gis ved lov.

Menneskerettsloven ble vedtatt av Stortinget 21. mai 1999. Etter denne loven er EMK, og FN konvensjonene ØSK samt SP med sine protokoller gjort til norsk lov. I 2003 ble også FN konvensjonen av 20. november 1989 om barns rettigheter med protokoller gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven. Utlendingsforvaltningen må ta stilling til overnevnte konvensjoner ved behandling av saker etter utlendingsloven.

Før menneskerettsloven ble vedtatt fantes det ingen konkret regel som oppstilte et krav til forholdsmessighet mellom mål og middel på utlendingslovens område. Det forelå uenighet om man kunne oppstille et slikt ulovfestet generelt prinsipp i forvaltningens virksomhet.⁴⁴ Dette ble avklart med SP art. 26 hvor det fastsettes at forskjellsbehandling basert på nasjonalitet ansees som et brudd på konvensjonen. For at forskjellsbehandling skal kunne aksepteres må det foreligge saklig grunn. Videre må det foreligge proporsjonalitet mellom formålet med forskjellsbehandlingen og det virkemiddelet som benyttes for å oppnå formålet.

6.2.1 EMK art. 1

EMK artikkel 1 lyder:

”De høye kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del 1 i denne konvensjonen.”

Dette betyr at norske myndigheter har forpliktet seg til å sikre at menneskerettighetene skal gjelde for alle som oppholder seg på norsk jord. Spørsmålet er om forpliktelsen til å sikre konvensjonens rettigheter og friheter også gjelder dem uten lovlig opphold. Ingenting i konvensjonens ordlyd tilsier at retten er unntatt dem som oppholder seg i

⁴⁴ Eckhoff / Smith 1998 s. 302-303

riket ulovlig. Også rettspraksis fra Strasbourg tyder på at dette er irrelevant når menneskerettigheter skal ivaretas. Dette betyr at dersom den norske stat bryter menneskerettighetene overfor de ureturnerbare, kan de ikke vise til at personer uten lovlig opphold faller utenfor norsk myndighetsområde. Myndighetenes uttalelser om at det er utlendingens egen plikt til å forlate landet, og dersom han ikke gjør det, er han selv ansvarlig for egen situasjon, harmonerer dårlig med både EMK artikkel 1 og SP artikkel 2

6.2.2 SP art 2

Når det gjelder de sivile og politiske rettigheter, er prinsippene for gjennomføringen av disse kommet særlig til uttrykk i SP art 2:

*”1. Hver konvensjonspart forplikter seg til å respektere de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon, og **sikre** dem for alle som befinner seg på dens territorium og er undergitt dens jurisdiksjon, **uten forskjellsbehandling** av noe slag slik som på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel, eller status for øvrig.*

2. Hver konvensjonspart, forplikter seg til i samsvar med sin konstitusjonelle bestemmelser og med bestemmelser i denne konstitusjon, å treffe slike lovmessige eller andre tiltak som vil være nødvendig for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon, når slike tiltak ikke allerede er i kraft..” (mine uthevninger)

Etter SP artikkel 2 (1) forplikter statene seg for det første til å respektere menneskerettighetene. Det vil si at den norske stat har forpliktet seg til ikke selv å krenke dem. Den andre forpliktelsen som ligger i artikkel 2 (1), er en plikt til å treffe positive tiltak for å sikre rettighetene i praksis. Dette kalles en dobbel gjennomføringsplikt.

6.3 Vernet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling

Vernet mot tortur, og annen umenneskelig og nedverdiggende behandling er i dag en grunnleggende menneskerettighet. Arbeidet med et slikt vern ble satt i gang etter Den 2. verdenskrig. I dag foreligger en rekke internasjonalt bindende og ikke-bindende traktater og konvensjoner.

6.3.1 EMK art. 3

I EMK er vernet mot tortur og annen umenneskelig og nedverdiggende behandling fastsatt i artikkel 3:

”Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.”

Formuleringen er tilnærmet lik formuleringen i SP artikkel 7.

Forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff er absolutt. Dette fremkommer av konvensjonsorganenes praksis hvor det flere steder er uttalt at rettighetene etter artikkel 3 er blant de mest sentrale og grunnleggende rettighetene i Konvensjonen. Et eksempel er Irland mot Storbritannia 1978 serie A nr. 25:

”The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman and degrading treatment or punishment, irrespective of the victim’s conduct. Unlike most of the substantive clauses for exceptions and, under article 15 para. 2, there can be no derogation therefrom even in the event of a public emergency threatening the life of the nation”⁴⁵

Spørsmålet er om Norge som stat overholder denne bestemmelsen i forhold til de ureturnerbare. At forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff er absolutt, betyr at det ikke under noen omstendigheter kan gjøres unntak fra dem.

⁴⁵ Irland mot Storbritannia § 163

Det skilles mellom tre grader av konvensjonsstridig inngrep: Tortur, umenneskelig behandling og nedverdiggende behandling. Konvensjonen definerer ikke **hvilke** handlinger som omfattes av de forskjellige begrepene. Selv om det foreligger en del konvensjonspraksis, er det ikke fastlagt uttømmende definisjoner. Konvensjonspraksis har likevel trukket opp visse retningslinjer som klargjør forholdet mellom de forskjellige begrepene. Om et forhold av Domstolen karakteriseres som tortur, umenneskelig behandling, eller nedverdiggende behandling er et gradsspørsmål. Derimot er spørsmålet om artikkel 3 er krenket uavhengig av grad, så lenge det foreligger et minimum av grovhet. Dette minstenivået beror på en konkret vurdering hvor man vektlegger behandlingens art, varighet og virkninger.⁴⁶ Med virkninger menes både fysiske og psykiske virkninger på offeret. Det kan tas hensyn til offerets kjønn, helsetilstand og alder.⁴⁷ Slik får et absolutt vern en relativ terskel. Irland mot Storbritannia var domstolens første og grunnleggende dom om minstenivået. Siden har prinsippet blitt gjentatt i atskillige avgjørelser. Et eksempel fra 2003 er Van der Vern mot Nederland:

*”The court ...reiterates that, according to its case-law; ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some case, the sex, age and state of the victim.”*⁴⁸

Begrepet tortur er forbeholdt de aller mest alvorlige handlingene. Domstolen har uttalt at dersom forholdet skal være å anse som tortur, må behandlingen innebære en alvorlig og grusom lidelse. Der må dessuten foreligge forsett:

*”...deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering”*⁴⁹

⁴⁶ Mjøse 2003 s 208

⁴⁷ Se for eksempel Irland mot Storbritannia § 162

⁴⁸ Van der Ven mot Nederland § 47

⁴⁹ Aydin mot Tyrkia § 82

Myndighetenes behandling av de ureturnerbare kommer ikke inn under begrepet tortur. Alternativet umenneskelig behandling har ikke noe krav om at det må foreligge forsett, men kan vektlegges ved konstatering av umenneskelig behandling. Varigheten av behandlingen er et annet moment som vektlegges, og om den har forårsaket intens fysisk eller psykisk lidelse. At varigheten vektlegges er et moment for at der foreligger umenneskelig behandling av de ureturnerbare. Ureturnerbare kan gå et helt liv uten noen juridisk status. Det er ikke vanskelig å tenke seg at dette er en påkjenning som kan føre til psykiske lidelser.

For at det siste alternativet, nedverdiggende behandling skal foreligge, blir det vektlagt om behandlingen gir offeret en følelse av frykt, angst og mindreverd, som kan føre til ydmykelse og nedverdiggelse.⁵⁰ Det er heller ikke vanskelig å tenke seg at slike følelser kan oppstå etter år uten å være fullverdig borger av noe land. Etter år uten å få lov å jobbe, og hvor man i beste fall får utbetalt nødhjelp og boplass på kommunal hybel. For de ureturnerbare asylsøkerne er det alternativet umenneskelig eller nedverdiggende handlinger som kan tenkes at foreligger.

6.4 Norsk rettspraksis i forhold til EMK artikkel 3

I avgjørelse 22. oktober 2004 fra Hålogaland lagmannsrett, den såkalte Svolvørsaken,⁵¹ fikk staten medhold i utkastelse fra asylmottak fordi hun ikke hadde lovlig opphold. Staten fikk også medhold i at utkastelsen ikke var i strid med EMK artikkel 3 slik hun hadde anført. Retten uttalte imidlertid:

”det er sannsynlig at A vil leve under vanskelige forhold i Norge dersom hun etter en eventuell tvangsfravikelse ikke forlater landet. Hvorvidt dette vil representere en ”nedverdiggende behandling” etter EMK artikkel 3, må ses i lys av at hun ikke lenger har lovlig opphold i Norge, og at hun ikke vil medvirke til frivillig retur. (...)”

⁵⁰ Se for eksempel Labita mot Italia § 120

⁵¹ Se punkt 4.3.1

Hålogaland lagmannsrett legger således vekt på at situasjonen som hevdes å være krenket av EMK artikkel 3, vil være et resultat av As eget valg, og at hun selv kan bringe situasjonen til opphør ved å medvirke til retur.

Videre blir det uttalt at:

”lagmannsretten er ikke kjent med omfanget av den sosialhjelp som etter norske retningslinjer skal ytes den enkelte i akutte nødsituasjoner, men konstaterer at slik hjelp også skal ytes overfor utlendinger med ulovlig opphold i landet. Det legges til grunn at A vil kunne få slik hjelp om nødvendig dersom hun velger å ikke forlate landet etter fravikelse, og at dette i utgangspunktet er tilstrekkelig for at staten skal ivareta sine forpliktesler etter EMK artikkel 3.”

En slik uttalelse tyder på at det foreligger overtredelse av EMK artikkel 3 dersom personer uten lovlig opphold ikke får nødhjelp, uten at nødhjelpens omfang blir nærmere presisert. Dette på tross av at utlendingen ikke samarbeider om frivillig retur gjennom IOM eller på annen måte.

Etter avslag i to instanser ble saken anket til Høyesterett. Høyesteretts kjæremålsutvalg avsa kjennelse 10.01.05 hvor lagmannsrettens kjennelse ble stadfestet.

Retten har her lagt til grunn at retur var mulig dersom hun samarbeidet. Dette kan ikke alltid legges til grunn på tross av myndighetenes utsagn om at ingen er ureturnerbare. Et eksempel er cubanske Angel.⁵² Angel giftet seg i ung alder med en norsk kvinne og kom til Norge fra Cuba. Han ble skilt fra sin norske kone før det var gått 3 år og kunne derfor ikke få bosetningstillatelse. Da norsk politi returnerte ham til Cuba, nektet cubanske myndigheter å ta imot ham. Han ble satt på første fly tilbake. Cuba har definert ham som emigrant fordi han har vært ute av landet i 11 måneder. Angel har kontaktet IOM for å få hjelp til retur. Heller ikke de kunne hjelpe Angel til tross for at

⁵² Jeg har ikke personlig vært i kontakt med Angel, men baserer meg på NRK-nyheter om saken i februar 2005. Her bekreftet IOM at de ikke kunne hjelpe ham med retur. Jeg har også mottatt informasjon gjennom Organisasjon mot offentlig diskriminering (OMOD) som har arbeidet med hans sak.

det ikke foreligger usikkerhet rundt hans identitet. Han får ikke jobbe, heller ikke sosialstønad etter sosialtjenestelovens kapittel 5, siden han oppholder seg ulovlig i Norge. Angel er også en av dem som ble nektet nødhjelp med begrunnelse at han ikke har lovlig opphold. Etter at NRK laget et program om hans sak får han nå 60 kr dagen. Dette for 14 dager om gangen før han må søke på ny.

I Svolvørsaken tok ikke lagmannsretten stilling til om retur virker umulig for individet og dermed i realiteten ikke er noe alternativ. Det er heller ingen problematisering rundt hvilke vilkår sosialtjenesteloven kan stille, og om eventuelle vilkår om samarbeid med IOM eller internatet på Trandum i seg selv kan være i strid med EMK.

Videre er det forutsatt at det faktisk blir gitt nødhjelp, og at den er tilstrekkelig til å ivareta individet på en tilfredsstillende måte.

En annen sak hvor Høyesterett bl.a. tok stilling til EMK artikkel 3, er Rt. 2003 s. 375. Her var spørsmålet bl.a. om norske myndigheters behandling av en person etter utvisningsvedtak innebar krenkelse av EMK artikkel 3. Krenkelsen ble begrunnet med at han i Norge ikke kunne ta seg arbeid, at han måtte leve på sosialhjelp, og var avskåret fra å inngå ekteskap.

Her uttalte førstvoterende:

”Når A mener å ha vært utsatt for krenkelser etter artikkel 3, rettes søkelyset først og fremst på de forhold han har levd under i Norge etter at vedtaket om utvisning ble fattet. En vesentlig virkning av utvisningen har for det første vært at han har vært avskåret fra å søke arbeid og dermed forsørge seg selv. De norske myndigheter har imidlertid tatt konsekvensen av dette ved å gi ham sosialhjelp – økonomisk støtte – til dekning av nødvendige utgifter til bolig, mat osv. Han har også fått nødvendig hjelp til medisiner og fra lege.”

Det ble videre lagt vekt på at:

”Det hele tiden har vært opp til A selv å få endret sin livssituasjon ved å gi de nødvendige opplysninger”... ”Det er på denne måten opp til ham selv å bringe den situasjon som påberopes å være i strid med

EMK artikkel 3 til opphør. Dette må være helt sentral ved vurderingen av om det foreligger noen krenkelser av bestemmelsen.”

Høyesterett kom frem til at dette ikke var belastninger av slik karakter at de samlet sett representerte brudd på EMK artikkel 3. Det ble også tatt stilling til om selve gjennomføringen i seg selv var av en slik karakter at det forelå brudd på EMK art. 3. Spørsmålet var om han var blitt behandlet som en kasteball i systemet da han flere ganger var forsøkt uttransportert uten hell. Heller ikke her mente Høyesterett at artikkel 3 var krenket, ettersom han var blitt behandlet på en ivartagende måte underveis. Dommen sier noe om hvor minimumsgrensen for overtredelse av artikkel 3. Situasjonen for saksøker var at han hadde tilgang på sosiale ytelser. Det er ikke sikkert at Høyesterett hadde kommet til samme resultat dersom de nye innstramningstiltakene var trådt i kraft, og saksøkeren i bestefall levde på nødhjelp etter ulovfestede nødrettsbetraktninger.

Dersom høringsforslaget om at lovlig opphold også skal være et vilkår etter sosialtjenestelovens kapittel 4 vedtas, vil situasjonen bli dramatisk forverret i forhold til den situasjonen som Høyesterett har tatt stilling til. Man kan da ikke utelukke at utfallet ville blitt et annet.

I en britisk dom *Limbuela and others*,⁵³ var saksforholdet at en gruppe asylsøkere hadde brutt britisk lov, men før asylsøknaden var blitt avgjort. På grunnlag av dette ble de nektet velferdsgoder. Det å nekte hjelp til personer som ikke har fulgt myndighetenes anvisninger, ble funnet å være i strid med EMK art 3. I Norge blir man nektet sosiale ytelser dersom man ikke følger myndighetenes anvisninger om å samarbeide med IOM.

Artikkel 3 gjelder også dem uten lovlig opphold, det gis ingen anledning til å unnta fra denne bestemmelsen. I *Svolvørsaken* la retten til grunn at utkastelsen ikke var i strid med EMK art 3 fordi personen sto fritt til å avslutte den umenneskelige behandlingen ved å forlate landet frivillig. Hvor påstanden bestrides er det asylsøkerens eget ansvar å sannsynliggjøre at retur er umulig. Man kan stille spørsmålet om ikke dette ansvaret

⁵³ Court of Appeal, 21.05.04.

burde tilfalle staten, og om dette ikke følger av statens sikringsplikt etter EMK artikkel 1.

6.5 EMK art. 8

EMK artikkel 8 lyder i norsk oversettelse:

”Retten til respekt for privatliv og familieliv

(1) Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv og sitt hjem og sin korrespondanse.

(2) Det skal ikke skje noen inngrep av offentlig myndighet i utøvelse av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, eller for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

EMK artikkel 8 første ledd fastslår hovedregelen om at enhver har rett til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. Det er her fire rettigheter som fastslås i en bestemmelse til tross for at de ikke har samme virkefelt. Ordlyden er vag og har et svært vidt anvendelsesområde. Rettighetene etter bestemmelsen er nært forbundet med hverandre slik at det er vanskelig å trekke et skarpt skille mellom dem. Særlig gjelder dette alternativene familieliv og privatliv. Den uklare grensen mellom rettighetene gjør at det i stor grad vil være basert på skjønn hvilket alternativ det konkrete forhold subsumeres under.⁵⁴

Artikkel 8 skal gi vern for individets fysiske og moralske integritet (” ... physical and moral integrity”) dette er et vern som supplerer EMK artikkel 3 om tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff. For at artikkel 3 skal kunne

⁵⁴ Mjøse 2002 s. 400

anvendes må behandlingen være over en viss terskel.⁵⁵ Det er lavere terskel for å overtre artikkel 8 enn artikkel 3. Dette følger av rettspraksis fra Strasbourg.

Problemstillingen er om de nye innstrammingsiltakene er i strid med retten til privatliv og familieliv. Jeg vil først gå inn på denne vurderingen for deretter å se om den står seg mot kravet til proporsjonalitet i art. 8 (2).

6.5.1 Retten til privatliv

Retten til privatliv er ansett som et grunnleggende behov for mennesket. Denne retten er den første retten artikkel 8 stadfester. EMD har uttalt at begreper er vidt og ikke kan defineres uttømmende.⁵⁶ Helt sikkert er det derimot at retten skal beskytte den innerste private sfære. Hvor langt retten kan strekkes beror på en konkret vurdering av den enkelte situasjon.

Når en gruppe mennesker ikke har tak over hodet, og ikke et minimum å leve for er det ikke vanskelig å argumentere for at retten til privatliv ikke er ivaretatt. Når man bor på gaten vil retten til privatliv lett kunne bli illusorisk.

Man kan også stille spørsmål om forholdene i utlendingsinternatet på Trandum, som oppstilles som et alternativ til gata, strider mot retten til privatliv. Se nærmere om dette ovenfor i punkt 3.2.3.

6.5.2 Retten til familieliv

Retten til familieliv er den andre rettigheten EMK artikkel 8 oppstiller.

En grunn til at man er ureturnerbar, er ofte at man har en uavklart identitet. En konsekvens av dette er at man ikke gis den samme beskyttelse for rett til familieliv som andre. Jeg vil belyse dette med historien til en etiopisk mann med navn Skimmer.⁵⁷ Skimmer fikk ikke bli i Norge fordi myndighetene mente han oppgav feil identitet. Han hadde barn med en norsk kvinne, men fikk ikke bli i landet da de ikke bodde sammen. Han fikk ingen arbeidstillatelse eller noen form for sosialstønad. Siden han ikke hadde

⁵⁵ Se punkt 6.3.1

⁵⁶ Mjøse 2002 s. 401

⁵⁷ Skimmer sin historie baseres på intervju. Jeg har også fått bekreftet hans versjon av OMOD som har jobbet med hans sak

noe sted å bo var det også vanskelig å opprette samvær med barnet. Samvær med datteren var imidlertid en forutsetning for at han skulle bli på bakgrunn av familiegjening. Utlendingsmyndighetene godtok ikke tilfeldige møter på en lekeplass. Da han i sin fortvilelse bad politiet om hjelp til å bli uttransportert, kunne de ikke hjelpe siden de var usikre på hans identitet, og dermed ikke visste hvilket land han skulle til.

Retten til respekt for familielivet, må i utgangspunktet innebære at foreldrene har rett til å ha sine barn hos seg,⁵⁸ og sett fra barns synsvinkel: At barn har rett til å være hos sine foreldre. Barn med foreldre uten lovlig opphold sikres ikke i samme grad som andre barns rett til samvær og familieliv med sine foreldre.

6.5.3 Forbud mot inngrep – plikt til å treffe positive tiltak

Ut i fra en naturlig forståelse av ordlyden gir EMK artikkel 8 først og fremst vern mot inngrep i individets privatliv foretatt av offentlige organer. I forhold til de ureturnerbare er det tale om inngrep fra utlendingsmyndighetene. Det å bli kastet på gaten kan i seg selv ansees for å være en type inngrep. Interessant i forhold til denne gruppen er at artikkel 8 også innebærer en plikt for staten til å treffe positive tiltak for å sikre rettighetene. Dette ble første gang uttrykt i *Airey v. Irland*,⁵⁹ hvor domstolen uttalte at artikkel 8 i noen grad innebærer positive plikter for staten. Dette har siden blitt lagt til grunn i en rekke dommer.⁶⁰

6.6 Inngrepvilkår

Selv om de nye reglene om kutt i sosiale ytelser mest sannsynlig er i strid med rettighetene etter artikkel 8 første ledd, åpner andre ledd for at myndighetene under bestemte forutsetninger kan foreta inngrep i rettighetene. Eventuelt ikke foreta positive tiltak for å sikre dem.

⁵⁸ Smith 1991, s. 104

⁵⁹ *Airey v. Irland*, A 32 1979 *Airey v. Irland* gjaldt mangel på rettshjelp i en separasjonssak.

Hovedproblemstillingen var om kvinnen hadde hatt adgang på denne retten etter artikkel 6. Da hun ikke hadde hatt det var artikkel 8 var krenket.

⁶⁰ Se bl.a. *Lopez Ostra v. Spania* 1994, *X og Y v. Nederland* 1985 og *Gaskin v. UK* 1986

Det må da foreligge tre kumulative vilkår. Først må inngrepet ha hjemmel i lov. Deretter må inngrepet være begrunnet i et av de nevnte kvalifiserte formål loven selv oppstiller. Til sist må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn. Jeg vil se nærmere på om disse vilkår er oppfylt.

6.6.1 Lov

For det første kreves det at lovgiver har tatt stilling til spørsmålet, og regulert det i lovs form. Begrepet ”lov” dekker både skrevne og uskrevne rettsregler. Det er ingen forutsetning at forholdet er hjemlet i formell lov, vedtatt i tråd med Grunnloven §§ 76 flg. Også forskrifter med hjemmel i lov og domstolskapt rett kan danne et tilstrekkelig grunnlag. Dette er langt på vei sammenfallende med det norske legalitetsprinsippet.

Kravet til lovhjemmel varierer mht. inngrepets art etter konvensjonen. Individets behov for forutberegnelighet være større når det gjelder omfattende rettighetstap som fengselstraff, enn ved mindre alvorlige inngrep.

Et slikt forholdsmessighetsprinsipp kan utledes av EMK artikkel 15, som i visse situasjoner gir statene rett til å sette de mindre grunnleggende rettighetene til side.

Spørsmålet som gjør seg gjeldende i forhold til de ureturnerbare asylsøkerne og innstramningstiltakene, er hvor strengt hjemmelskrav som gjelder for inngrep i form av kutt i de sosiale ytelser.

Det å begrense noens sosiale rettigheter, slik at de ikke har tak over hodet og mat, er begrensninger i fundamentale rettigheter som tilsier et strengt hjemmelskrav. På den annen side har innstramningstiltakene viktige samfunnsmessige hensyn som gjør seg gjeldene. Jeg vil ikke gjenta disse hensyn her, men viser til punkt 1.3.

Det kan likevel tenkes at innstramningstiltakene kan være i strid med de verdier og prinsipper som velferdsstaten bygger på. Dersom den nye praksisen er lovstridig, er den følgelig ikke hjemlet i lov. Dette vilkåret er i alle tilfeller ikke oppfylt når det gjelder høringsnotatet om å forandre forskriften slik at vilkåret om lovlig opphold også gjelder

for ytelser etter sosialtjenesteloven kapittel 4.⁶¹ Lovkravet må sees i lys av at rettssikkerhet og demokrati er idealer som konvensjonen bygger på jfr. fortalen.

6.6.2 Legitimt formål

Det neste vilkåret som må foreligge etter artikkel 8 annet ledd, er at inngrepet i rettighetene etter første ledd må være begrunnet i ivaretagelse av visse kvalifiserte formål. Det listes her opp en uttømmende liste på 6 formål som kan berettigede inngrep i rettigheter etter første ledd. Formålene er som følger: 1) nasjonal sikkerhet, 2) offentlig trygghet, 3) landets økonomiske velferd, 4) forebygge uorden eller kriminalitet, 5) beskytte helse eller moral 6) og beskytte andres rettigheter og friheter.

Å nekte asylsøkere med endelig avslag sosiale ytelser kan muligens begrunnes i landets økonomiske velferd. Når det gjelder de andre alternativene, vil trolig innstrammingsiltakene føre til det motsatte. Det har derimot liten rettslig betydning hvilket av formålene kuttet i de sosiale ytelser begrunnes i.

6.6.3 Nødvendig i et demokratisk samfunn

Det siste vilkåret er at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn. Dette er et skjønnspreget vilkår, hvor ordlyden ikke gir særlig veiledning. Man må her foreta en forholdsmessig avveining hvor man på den ene siden vektlegger de samfunnsinteresser som begrunner inngrepet. På den andre siden vektlegges de private interesser som berøres. Denne avveiningen baseres på begrepet ”demokratisk”. Dette betyr at inngrepet må kunne forsvares i lys av rettstatsprinsippet og det demokratiske ideal som konvensjonen bygger på.

At inngrepet må være ”nødvendig” betyr ikke det samme som at det må være uunnværlig (indispensable), men at det er noe mer enn ønskelig (desirable).

I *Silver v. UK*⁶² ble innholdet av nødvendighetskravet oppsummert slik:

⁶¹ Se kapittel 5

⁶² *Silver v. UK* A 61 (1983)

“On a number of occasions, the Court has stated its understanding of the phrase “necessary in a democratic society”, the nature of its functions in the examination of issues turning on that phrase and the manner in which it will perform those functions. It suffices here to summarise certain principles:

the adjective “necessary” is not synonymous with “indispensable”, neither has it the flexibility of such expressions as “admissible”, “ordinary”, “useful”, “reasonable” or “desirable” (see the Handyside judgement of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 22, § 48)

the Contracting States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation in the matter of the imposition of restrictions, but it is for the Court to give the final ruling on whether they are compatible with the Convention (ibid., p. 23 § 49)

the phrase “necessary in a democratic society” means that, to be compatible with the Convention, the interference must, inter alia, correspond to a “pressing social need” and be proportionate to the legitimate aim pursued” (ibid., pp. 22-23, §§ 48-49);

Those paragraphs of Articles of the Convention which provide for an exception to a right guaranteed to be narrowly interpreted (see the above-mentioned Klass and other judgment, Series A no. 28, p. 21, § 42)”

Avgjørende blir dermed om norske myndigheter kan påvise at kuttet i de sosiale ytelsene er et tvingende samfunnsmessig behov (a pressing social need).

Altså må det foretas en avveining av den enkeltes rett til privatliv og familieliv mot samfunnets interesser. Når konsekvensene er så store for individet, kreves det særlig sterke samfunnsmessige behov. Spørsmålet om innstrammingstiltakene har tjent sitt formål vil her være et viktig moment i vurderingen av samfunnets behov for å benytte seg av innstrammingstiltakene. Jeg kommer nærmere inn på dette i punkt 7.2.1.

6.7 Statenes skjønnsmessig spillerom

Konvensjonsstatene har et skjønnsmessig spillerom ("margin of appreciation")⁶³ når de skal sikre konvensjonens rettigheter. En følge av dette er at konvensjonsorganene utviser en viss tilbakerholdenhet i å overprøve de nasjonale myndigheter. Statenes skjønnsmessige spillerom er blant annet begrunnet i at nasjonale myndigheter er mest kompetente til å vurdere nasjonale spørsmål. Dette er blant annet uttalt i *Handyside v. UK*:

*"By reason of their direct and contact with the vital focres of their countries, state authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the...necessity of a restriction or penalty... it is for the national authorities to make initial asseassment of the reality of the pressing social need implied by the notion of necessity in this context"*⁶⁴

Omfanget av skjønnsmarginen har vært gjenstand for omfattende rettspraksis hvor omfanget av marginen er varierende. Omfanget av skjønnsmarginen avhenger først og fremst av inngrepets karakter. Konvensjonen har anvendt en snever margin i saker som angår fundamentale rettigheter. I *Dudgeon v. UK* ble snever skjønnsmargin begrunnet med at det gjaldt inngrep i "*a most intimate aspect of private life*". Denne saken gjaldt forbudet mot homoseksualitet, men også retten til et privatliv er å anse som relativt sentral rettighet etter konvensjonen. Dette taler for at det bør foreligge en relativ snever skjønnsmargin på området.

6.8 Retten til en tilfredsstillende levestandard - ØSK art. 11

Etter ØSK artikkel 11 første ledd, første setning jfr. artikkel 2 første ledd, har statene et menneskerettslig ansvar for å sikre "*enhver en tilfredsstillende levestandard for seg og sin familie, herunder tilfredsstillende mat, klær og bolig*". Konvensjonen har ikke gjort noe forbehold om oppholdsstatus. Ordlyden "*enhver*" taler for at artikkel 11 omfatter

⁶³ *Handyside v. UK*, 1976

⁶⁴ *Handyside v. UK* avsnitt 48

alle som oppholder seg i riket. Da også de uten lovlig opphold. ØSK artikkel 2 fastsetter et forbud mot å diskriminere utenlandske statsborgere.

Forpliktelsen består i en aktiveringsplikt om å treffe tiltak for å realisere disse rettighetene. Statene er ikke pålagt å realisere retten omgående ved ratifisering av konvensjonen. Gjennomføringsplikten er begrenset til en gradvis realisering av konvensjonsrettighetene ("*... with a view to achieving progressively the full realization of the rights*"). Dette betyr likevel ikke at statene selv kan bestemme hvilket tempo konvensjonsrettighetene skal realiseres. Det fremgår av forarbeidene at de skal realiseres "*as quickly as possible*".⁶⁵

Statene er forpliktet til å benytte alle tilgjengelige ressurser ved realiseringen av retten til tilfredsstillende klær, mat og bolig ("*... to the maximum of its available resources*"). At vurderingen tas på et nasjonalt nivå, og ikke et internasjonal, betyr at et rikt land som Norge raskere kan komme i konflikt med art 11. Siden det er en nasjonal målestokk som skal legges til grunn, er plikten til å sikre retten til tilfredsstillende bolig følgelig svært forskjellig for stater med små og store ressurser. Norges økonomi og velferdsnivå medfører at ressursmangel ikke kan anføres som unnskyldning for mangelfull oppfyllelse.

Spørsmålet blir således hvor langt gjennomføringsplikten strekker seg. Hva den inneholder, og om Norge overholder denne forpliktelsen overfor de ureturnerbare asylsøkerne. For det første må det foreligge en tilfredsstillende levestandard. I et av verdens rikeste land, er det lite trolig at det foreligger en tilfredsstillende levestandard når man ikke har penger til mat og tak over hodet. Også for dem som får nødhjelp og midlertidig bopel, er levestandarden forholdsvis lav. Det som blir utbetalt i nødhjelp er en sum på 60 kroner dagen. Dette blir utbetalt for 14 dager om gangen. Hver 14 dag må man søke på ny, noe som i seg selv skaper stor angst og usikkerhet om man får hjelp også neste uke. Om 60 kroner dagen tilfredsstiller kravet til tilfredsstillende levestandard, herunder mat og klær kan diskuteres. For dem som ikke får hjelp er det i hvert fall sikkert at ØSK artikkel 11 ikke blir overholdt.

⁶⁵ se Craven 1995 s. 130-131, med videre referanser.

Det er ingen holdbar situasjon i en velferdsstat som vår, at noen går rundt på ”tålt opphold” uten noen rettigheter.

7 Effektivering av negativt vedtak

Problemstillingen i det følgende er hvem som har ansvaret for at myndighetenes utvisningsvedtak blir overholdt. Er det myndighetene selv, eller asylsøkerne?

Begrepet ”effektivering av vedtak” blir på utlendingsrettens område brukt når utlendingen ikke forlater landet frivillig. Myndighetene må da sette kraft bak vedtaket og sørge for uttransportering. Begrepet omfatter alt fra å pågripe utlendingen, anskaffe reisedokumenter, skaffe billetter, til å foreta tvangsmessig utreise.⁶⁶

Reglene om iverksetting av vedtak på utlendingsrettens område er først og fremst regulert i utlendingsloven §§ 39-41.

Jeg finner det hensiktsmessig å kort å gjennomgå gangen i effektivering av et negativt vedtak.

7.1 Gangen i iverksettelsen av et negativt vedtak om asyl

Først underrettes utlendingen om det negative vedtaket. Dette følger av Lov av 10. februar 1967, lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 27. I utlendingssaker er det som oftest politiet som foretar en slik underretning. Grunnen til det er at politiet kan ta forholdsregler hvor det antas at utlendingen ikke vil rette seg etter vedtaket. Slike forholdsregler kan være meldeplikt eller pågrepelse av vedkommende.

Et vedtak om endelig avslag på søknad om asyl eller opphold på annet grunnlag, innebærer at grunnlaget for opphold i riket er falt bort. Utlendingen har da en plikt til å forlate riket, jfr. Utlendingsloven § 41 (1):

”Vedtak som innebærer at utlendig må forlate riket, iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise med en gang eller innen en fastsatt frist”.

⁶⁶Bunæs s. 404

Bestemmelsen utfylles av Justisdepartementets rundskriv G 64/2000. Det er ikke nødvendig at det er fattet et eget bortvisnings- eller utvisningsvedtak.⁶⁷ I utgangspunktet legger utlendingsmyndighetene til grunn at utlendingen vil innrette seg etter vedtaket.⁶⁸

Etter at utlendingen er underrettet vil det bli fastsatt en utreisefrist. Utlendingen skal før denne fristen er utløpt kontakte politiet for å fastsette et nærmere tidspunkt for når utreise vil finne sted.⁶⁹ Dersom ikke dette blir gjort, legges det til grunn at utreise ikke vil finne sted, og at det dermed er politiet sin oppgave å iverksette vedtaket.⁷⁰

Iverksetting av et negativt vedtak er en prosess som starter idet vedtaket er fattet, og avsluttes ikke før utlendingen er uttransportert til sitt hjemland, eventuelt et tredjeland. Utlending som unndrar seg effektivering av vedtak som innebærer at han må forlate riket, kan utvises etter utlendingsloven § 29 (1) litra a.

7.2 Hvem sitt ansvar?

At det er myndighetenes ansvar å effektivere egne vedtak, følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. At utlendingen selv er pliktet til å forlate landet, kan ikke være noe annet enn et utgangspunkt. Dersom utlendingen ikke retter seg etter vedtaket må ansvaret ligge hos myndighetene. Klarer ikke myndighetene å returnere utlendingen må den norske stat anerkjenne at disse menneskene med endelig avslag på opphold, likevel er nødt til å oppholde seg her. Dette gjelder selv om det er fysisk umulig for asylsøkeren å returnere, eller om begrunnelsen er at asylsøkeren motsetter seg hjemreise. Myndighetene må selv stå ansvarlig for å oppfylle egne vedtak.

Norske myndigheter anser ikke noen for å være ureturnerbare, bare vanskelige å returnere. Hva så med dem som ikke returnerer? De blir værende i Norge på et slags ”akseptert opphold” uten rettigheter. De lever ikke i skjul, og myndighetene forsøker

⁶⁷ Bunæs 2004 s 404

⁶⁸ Justisdepartementets rundskriv G-64/00 pkt. 2.1

⁶⁹ Justisdepartementets rundskriv G-63/00 pkt. 2

⁷⁰ Se for eksempel Bunæs 2003 s. 405

ikke å uttransportere dem. Det effektueringsmiddelet som myndighetene tar i bruk, er kutt i sosiale ytelser. Slik skal sosial nød tvinge dem ut av landet. Praksis viser derimot at dette er et effektueringsmiddel som ikke nytter. Utlendinger med negativt vedtak forsvinner ikke selv om de mister sine rettigheter. Det er dessuten betenkelig at sosial nød skal brukes som effektueringsmiddel i en velferdsstat som vår.

Statene har etter EMK artikkel 1 en sikringsplikt. Dette tilsier at det er statenes ansvar å undersøke asylsøkers påstand om at retur er umulig. Det bør være myndighetenes ansvar å sannsynliggjøre at asylsøker innen rimelig tid har hatt mulighet til å forlate landet frivillig. Det kan stilles spørsmål om myndighetenes passivitet i denne sammenheng, hvor utlendingen heller blir overlatt til sosial nød ikke er tilstrekkelig etter sikringsplikten i EMK artikkel 1.

7.2.1 Har innstrammingstiltakene tjent sitt formål?

De nye asylreglene har flere formål. For det første skal de danne et bilde av Norge som et mindre attraktivt land å søke asyl i. Slik skal man få ned antallet asylsøkere til riket, og få dem med endelig avslag til å reise hjem frivillig. Spørsmålet er imidlertid om myndighetene har oppfylt sine formål med innstrammingstiltakene? Sterke virkemidler er tatt i bruk. En definert gruppe mennesker har mistet sine sosiale rettigheter.

Når det gjelder formålet om å få asylsøkere med endelig avslag til å reise hjem, viser tall fra IOM at myndighetene lang fra har oppnådd sine mål.⁷¹ Her kan man trygt konkludere med at innstrammingstiltakene ikke har tjent sitt formål.

Når det gjelder formålet om å få ned antallet asylsøkere til riket, viser statistikk fra Utlendingsdirektoratet at antallet har gått ned etter at innstrammingstiltakene trådte i kraft. I 2004 var antallet på asylsøkere 8500. Dette er nesten en halvering fra 2003 hvor antallet asylsøkere var på 15.614. Ikke noe annet land i Europa har hatt større nedgang i antall asylsøkere det siste året. Kommunalminister Erna Solberg mener grunnen til dette er at Norge tidligere ble ansett for å være et land med en svært liberal

⁷¹ se punkt 3.3.1 og 7.2

asylpolitikk. Hun mener nedgangen skyldes 48 timers ordningen og kuttet i de økonomiske ytelsene. Norge har dermed fått et mer negativt rykte.

Andre grunner til nedgangen skyldes nedgang i konflikter. Enkelte konflikter har opphørt eller er redusert, som på Balkan, i Afghanistan og Irak. Det har dessuten vært en nedgangstrend over hele Europa som kan være en følge av Dublin-samarbeidet. Det kan også begrunnes i strengere regler for familiegjenforening.

Kommunalministeren uttalte i Dagsavisen 05.01.05 at hovedtyngden i denne nedgangen trolig skyldes at grunnløse asylsøkere ikke kommer lenger. Generalsekretæren i NOAS uttalte i samme avis at nedgangen trolig ikke skyldes at det kommer færre grunnløse asylsøkere. Hans syn er at de grunnløse har blitt skremt bort for lenge siden, og at nedgangen skyldes de andre overnevnte grunner. Han uttalte bl.a. at:

”I den grad nedgangen skyldes at behovet for asyl er redusert, er dette bra. Men vi vet at det blir vanskeligere og vanskeligere å nå frem. Det finnes mange som har behov for å søke beskyttelse i Europa. Når nedgangen gjenspeiler at det har blitt vanskeligere for dem , er dette deprimerende tall.”

8 Vernet mot diskriminering

Problemstillingen i det følgende er om det foreligger diskriminering av de ureturnerbare, og da i en slik grad at Norge bryter sine forpliktelser etter internasjonale konvensjoner. Diskrimineringsforbudet retter seg både mot lovgiver og forvaltningens myndighetsutøvelse.

Forbudet mot diskriminering følger av SP artikkel 2 (1), ØSK artikkel 2 (2) og 13, samt EMK artikkel 14. Bestemmelsene omfatter enhver form for diskriminering i forhold til konvensjonenes rettigheter. En prinsipielt viktig bestemmelse er SP artikkel 26 om at alle er like for loven og har rett til beskyttelse av loven uten noen form for forskjellsbehandling. Menneskerettighetskomiteen har tolket artikkel 26 til ikke bare å gjelde rettighetene i SP, denne skal gjelde generelt, og også omfatte for eksempel økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.⁷² Jeg vil ta utgangspunkt i EMK artikkel 14.

8.1 EMK art 14

EMK artikkel 14 lyder:

”Utøvelsen av de friheter og rettigheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.”

Med diskriminering menes usaklig forskjellsbehandling. Altså utgjør ikke forskjellsbehandling i seg selv et brudd på konvensjonen dersom det foreligger en saklig begrunnelse. EMD har gjennom praksis utviklet en metode på hvordan grensen skal trekkes. Prejudikatet på denne metoden var *Belgian Linguistic Case v. Belgia*, A 5

⁷² Møse 2002 s. 98

1967. Metoden er som følgende: Først prøves sakens fakta opp mot konvensjonens rettigheter. Faller saken innenfor, blir spørsmålet om det foreligger en forskjellsbehandling. Første spørsmål som stilles i denne sammenheng, er om personene som sammenlignes er i analoge situasjoner. Deretter om en eventuell forskjellsbehandling har en objektiv og rimelig forklaring. Det er ikke nok at forskjellsbehandlingen har et legitimt formål. Det foreligger krenkelse av artikkel 14 til tross for dette dersom det ikke foreligger rimelig forholdsmessighet mellom de midler som benyttes, og de formål som skal realiseres.⁷³

I forhold til de ureturnerbare asylsøkerne har jeg tidligere i oppgaven fastslått at deres situasjon faller innenfor virkeområdet til flere av rettighetene i EMK. Jeg vil derfor ikke bruke mer tid på det her.

De som de ureturnerbare skal sammenlignes med, er norske statsborgere i en nødssituasjon. Det er på det rene at det foreligger forskjellsbehandling. Det foreligger i dag forskjellige standarder for utlendingers og norske borgers velferdsgoder. Innstrammingstiltakene har ført til at de uten lovlig opphold har rett til helt andre (om noen), og kvalitativt dårligere velferdsgoder enn norske borgere.

Ordlyden i EMK artikkel 14 viser at oppregningen ikke er uttømmende. Det vil si at enhver usaklig forskjellsbehandling rammes, uavhengig av på hvilket grunnlag. To av de diskrimineringsgrunnlag som kan tenkes overfor de ureturnerbare, er diskriminering på grunnlag av nasjonal opprinnelse, og diskriminering på bakgrunn av oppholdsstatus.

8.2 Diskriminering på grunnlag av nasjonal opprinnelse eller oppholdsstatus

Det er på det rene at de fleste ureturnerbare kommer fra afrikanske land, særlig Etiopia og Eritrea. Dette er land som norske myndigheter har hatt store vanskeligheter med å inngå utleveringsavtaler med. Følgen er at det er personer med afrikansk opprinnelse som mister sine tilbud på mottak og som blir avvist av sosialtjenesten.

⁷³ Møse 2002 s 98

For alle som søker oppholdstillatelse stilles det krav til dokumentasjon som sannsynliggjør rett identitet og beskyttelsesbehov. Selv om kravene som stilles er nøytrale med hensyn til nasjonal opprinnelse, vil personer med opprinnelse i visse land møte større problemer enn andre. I noen land kan de nødvendige papirer være særlig vanskelig å få tak i. De samme vil også ha problemer med å sørge for egen retur da myndighetene er usikre på hvilket land de kommer fra. At man ikke er i stand til å dokumentere egen identitet innebærer også at man ikke har samme rett til familieliv som andre.⁷⁴ Selv om innstrammingstiltakene i utgangspunktet er nøytrale, fører de til at de med afrikansk opprinnelse rammes hardest. Det er på det rene at det kan foreligge diskriminering om det i praksis rammer en gruppe hardere.

Det andre diskrimineringsgrunnlaget som kan gjøres gjeldende er diskriminering på bakgrunn av ”annen status”. I forhold til de ureturnerbare er det tale om annen oppholdsstatus.

Et vilkår for å få tilgang på velferdsgoder i Norge er at man har lovlig opphold. Slik blir en gruppe innenfor Norges grenser holdt utenfor den norske velferdsstat. Gruppen som rammes er flyktninger og innvandrere. Ingen annen gruppe holdes på denne måten utenfor velferdsstaten fordi de ikke gjør som staten sier.

I forhold til denne gruppen kan man konkludere med at det foreligger en negativ forskjellsbehandling. Spørsmålet i forhold til diskrimineringsforbudet, er hvorvidt denne forskjellsbehandlingen er lovlig fordi midlene er benyttet for å oppnå et legitimt formål og om det foreligger forholdsmessighet mellom midler og mål.

8.2.1 Proporsjonalitetsvurderingen

Diskrimineringsforbudet retter seg både mot lov og rettsanvendelse.

Når det gjelder forvaltningens rettsanvendelse, sier sosialtjenesteloven § 5-3 noe om bruken av vilkår etter sosialtjenesteloven. Bestemmelsen gir også en viss veiledning i forhold til hvilke vilkår som kan stilles av forvaltningen på ulovfestet grunnlag.

Forvaltningen har ikke myndighet til å fatte avgjørelser som innebærer konvensjonsstridig diskriminering.

⁷⁴ se punkt 6.5.2

Ved vurderingen av hvilke vilkår som kan settes overfor de ureturnerbare på bakgrunn av deres status som "utenlandske statsborgere uten lovlig opphold", kommer diskrimineringsforbudet i EMK, ØSK og SP inn som en kompetanseskranke. Sosialtjenesteloven § 5-3 fastslår at vilkåret må ha "*nær sammenheng med vedtaket*", og "*ikke urimelig begrense stønadsmottakerens handle- eller valgfrihet*". Også disse krav vil inngå i den proporsjonalitetsvurdering som er en del av diskrimineringsforbudet. Vurderingen av om det foreligger diskriminering i forhold til forvaltningens myndighetsutøvelse, er den samme vurderingen av saklighets og proporsjonalitetskrav som er gjort i forhold til forvaltningens rettsanvendelse ovenfor i punkt 3.2.1 flg.

I forhold til diskrimineringsgrunnlaget må man stille spørsmålet om det i større grad er uforholdsmessig at det er de med afrikansk opprinnelse som har blitt hardest rammet av innstrammingstiltakene. Dette på bakgrunn av de utvelgelseskriterier som er tatt i bruk for å velge ut hvem som skulle være omfattet av tiltakene. På tross av at myndighetene ikke har lagt til grunn at de har et legitimt beskyttelsesbehov, vet vi at disse i forhold til andre har særlig grunn til å frykte liv og helse ved retur. Det er sjelden man kan avvise en søknad om asyl fra denne kanten av verden som fullstendig grunnløs. Et annet særskilt hensyn som gjør seg gjeldende for denne gruppen sammenliknet med andre, er at de ofte har sittet særlig lenge i mottak.⁷⁵ Også dette er en tileggsbelastning som kan gjøre et liv på gaten vanskeligere.

Formålet med innstrammingstiltakene er å få ned antallet asylsøknader, og få dem med endelig avslag til å reise hjem. Dette er et legitimt formål. Spørsmålet er således om det foreligger forholdsmessighet mellom mål og middel. Middelet fører til enorme konsekvenser for dem som rammes. Det kan diskuteres om målet er delvis oppnådd når det gjelder å få færre asylsøkere til landet. Når det gjelder å få dem med endelig avslag til å reise hjem, er målet imidlertid langt fra oppnådd. Se nærmere om dette i punkt 7.2.1.

⁷⁵ "Lengeværende i mottak", Rapport fra UDI av 10. april 2004

8.3 Nytt antidiskrimineringslovverk og ombudsapparat

Stortingskomiteene har våren 2005 lagt frem sine innstillinger til ny lov om diskriminering på grunn av etnisk opprinnelse og religion (diskrimineringsloven), og nytt pådriver- og håndhevingsapparat (diskrimineringsombudsloven). Endelig avklaring i forhold til fremtidig organisering av diskrimineringsfeltet vil først skje ved stortingsbehandling av henholdsvis diskrimineringsloven og diskrimineringsombudsloven den 19. og 25. april 2005.

Den nye loven vil ha et tredelt formål. Den vil motvirke diskriminering, sikre like muligheter og rettigheter, samt fremme etnisk og religiøs likestilling. Kanskje vil vedtakelse av denne loven bidra til å klargjøre og fremme de ureturnerbares stilling i samfunnet.

9 Sammenfatning

Innstramningstiltakene trådte i kraft 01.01.04 uten at verken formell lov, forskrift eller rundskriv ble tatt i bruk for å klargjøre hvilket forvaltningsorgan som har det endelige ansvaret for å sikre de uten lovlig opphold et minimum av ytelser til livsopphold. Det har heller ikke blitt fremlagt noen retningslinjer om hvilke ytelser denne gruppen har et rettskrav på, eller i hvilke situasjoner pengeytelser etter ulovfestede nødrettsbetraktninger skal gis.

På tross av dette er kanskje det mest oppsiktsvekkende med ny asylpraksis etter mitt syn myndighetenes tåkelegging av problemene. Om dette er en bevisst strategi eller manglende evne til å vurdere menneskelige og juridiske spørsmål er usikkert. Det foreligger ingen offisielle tall på hvor mange ureturnerbare asylsøkere som oppholder seg i landet, da disse etter myndighetenes syn er ikke-eksisterende. Det kan virke som om det foreligger en manglende vilje til å gripe fatt i problemene. Det er bl.a. bemerkelsesverdig at faren for økt kriminalitet ikke er vurdert i det hele tatt, faktisk ikke engang nevnt i Sosialdepartementets forslag om å frata de ureturnerbare sosialstøtte. Det er ikke vanskelig å tenke seg at myndighetenes politikk overfor denne gruppen vil skape en sosial nød, som i mange tilfeller bare kan løses med kriminalitet, siden andre ordninger ikke gjøres tilgjengelige.

Innledningsvis gjentok jeg kommunalminister Erna Solbergs retoriske spørsmål ”ulovlig i landet, men gratis kost og losji”? Dette for å statuere myndighetenes offisielle syn på saken. Spørsmålet er om Norge som stat har en plikt til å gi sosialhjelp til personer som har fått endelig avslag om asyl, og som nekter å samarbeide om frivillig retur til hjemlandet. Foreligger et ansvar for å sørge for kost og losji til personer som ikke kan sørge for dette selv, og gjelder dette også om man oppholder seg ulovlig i landet? Svaret er etter min mening ja. Jeg mener dette følger av både nasjonal og internasjonal rett.

Når det gjelder nasjonal rett er det pr i dag ikke et vilkår om lovlig opphold for midlertidig tak over hodet etter sosialtjenesteloven § 4-5. Personer uten penger til mat, har rett til hjelp etter ulovfestede nødrettsbetraktninger. At ingen skal fryse eller sulte har flere ganger blitt gjentatt av både statsministeren og statssekretæren i Arbeids- og sosialdepartementet. Dette på samme tid som mange faktisk ikke får hjelp, noe myndighetene er fullt klar over uten at det blir satt i gang tiltak, og på samme tid som kommunalministeren stiller retoriske spørsmål i media.

Når det gjelder forståelsen av de ureturnerbare asylsøkernes sosiale rettigheter er variasjonene store på de forskjellige sosialkontor. Det foreligger også store variasjoner fra sak til sak på det enkelte kontor. Slik kan det virke tilfeldig hvem som får hjelp. Mye tyder også på at personer uten lovlig opphold avvises uten at det tas stilling til realiteten i den enkeltes situasjon. Regjeringens informasjon om rettighetene til personer uten lovlig opphold har ikke vært særlig klargjørende. Informasjonen har snarere bidratt til at det nå råder full forvirring om innholdet i det offentliges forpliktelser.

Etter sosialtjenesteloven er ikke sosialkontorene forplikter til å gi bistand til personer som oppholder seg ulovlig i landet, utover det som kommer inn under ren "nødhjelp". Det foreligger altså en plikt til å gi akutt livsnødvendig hjelp. En slik hjelp skal kun gis i korte tidsrom, og kun der hvor nøden er prekær. Listen for å få hjelp etter ulovfestede nødrettsbetraktninger ligger svært høyt. Dersom det er disse som skal sikre at utlendingenes helt nødvendige behov skal ivaretas, bør dette hjemles i lov eller forskrift. Det er i alle fall helt nødvendig at sosialtjenestelovens ansatte vet hva som ligger i dette. Det er lite hensiktsmessig med en lovgivning som ikke blir forstått av de som skal bruke den. Det er også en uholdbar situasjon for sosionomer der ute, som har fått et altfor stort ansvar, når det ikke foreligger klare retningslinjer.

Kommunalministerens overnevnte spørsmål føyer seg inn i en lang rekke av uttalelser, som etter mitt syn er svært uheldige i den forstand at de bidrar til å stigmatisere og misstenkeliggjøre asylsøkeres motiver for å søke beskyttelse i Norge. Som eksempel på andre uheldige utspill er kommunalministerens uttalelse om at Trondheim ville bli Somalias største by, dersom det ble kjent i Somalia at kommunepolitikerne der ville

trosse de nye innstrammingstiltakene og gi de uten lovlig opphold sosialhjelp. Hennes direkte uttalelse var:

”Er politikerne interessert å gjøre Trondheim til Somalias største by, så vær så god. Selv synes jeg ikke det er en god ide.”

Hvilken signaleffekt gir dette? Jeg frykter dette er med på å skape et bilde av asylsøkerne som lykkejegere, ute etter å misbruke velferdsstaten for det den er verdt. Erna Solberg kommer med kjappe replikker og høster nok popularitet på det. Men tror virkelig kommunalministeren at Trondheim ville bli Somalias største by? Tror hun virkelig at det er attraktivt for somaliere å reise halve jorden rundt for å leve på de nødrettssatsene som blir gitt i Norge? Er det et forsøk på å være morsom og fleipe med alvorlige problemer, eller spiller hun her bevisst på folks frykt?

Kommunalministeren har også kommet med direkte misvisende uttalelser om asylsøkere som får opphold på humanitært grunnlag. Hun har bl.a. uttalt at disse ikke har noe behov for beskyttelse, men at tillatelsen skyldes sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Realiteten er derimot at den største gruppen av dem som får opphold på humanitært grunnlag, får dette på grunn av flyktningelignende årsaker. Det vil si at de faktisk har et beskyttelsesbehov, og krav på oppholdstillatelse fordi Norge ikke har adgang til å returnere dem etter EMK art. 3 og Flyktningekonvensjonen.

Myndighetene gir klart uttrykk for at de med endelig avslag ikke har noen grunn til å frykte forfølgelse. De som ikke frivillig returnerer eller samarbeider om retur, har etter myndighetenes syn ikke noe grunnlag for sin frykt. Dette til tross for at det inntil dags dato ikke er noen oversikt over hva som faktisk skjer med dem som har blitt tvangsreturnert. Flere organisasjoner med stor kompetanse på området beskyttelsesbehov, er sterkt uenige i myndighetenes vurdering av beskyttelsesbehovet av bestemte grupper. Dessuten har forfølgelsesfrykten også en subjektiv side som i høyeste grad er reell.

Et annet eksempel på uttalelser fra Kommunalministeren er hennes tilsvarende til Stein Lillevollen i Dagbladet 04.03.05. Bakgrunnen er Lillevoldens påstand i Dagbladet

24.02.05, om at Europarådet ved Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse (ECRI), har kommentert at det norske mottaktilbudet strider mot folkeretten. Solberg tilbakeviser at ECRI har kommet med en slik kommentar. I tillegg benyttes sjansen til å poengtere at ureturnerbare asylsøkere ikke har noe beskyttelsesbehov:

”...Siden noen land ikke slipper inn andre enn dem som reiser frivillig, er en metode for å bli i Norge å skjule sin identitet, nekte å skaffe seg pass el. Slike personer trenger ikke norsk beskyttelse. De tar oppmerksomheten og ressursene fra dem som virkelig trenger vår hjelp. Pengeytelsene til denne gruppen er derfor kuttet.”

Det er imidlertid på det rene at ECRI i en rapport fra 2003 kritiserte Norge for ikke å gi de ureturnerbare en juridisk status⁷⁶. ECRI anbefaler at norske myndigheter:

”etablerer en prosedyre for å legalisere situasjonen til personer som er i Norge uten noen rettslig regulær status”

Til nå har myndighetene ikke fulgt opp ECRI sin anbefaling. Faktisk har Norge heller gått i motsatt retning. Istedenfor å gi dem juridisk status med et påfølgende minimum av rettigheter, står de i dag så å si uten rettigheter overhodet. Regjeringens begrunnelse til ikke å følge oppfordringen fra ECRI var å vise til innvandringspolitiske hensyn. En annen internasjonal institusjon som har rettet kritikk mot Norges behandling av asylsøkere, er FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR). Høykommissæren har kritisert Norge for å bryte med deres anbefalinger, og ikke gi opphold til asylsøkere som kommer fra bl.a. Somalia, Afghanistan og Tsjetsjenia.⁷⁷

Når det gjelder internasjonal rett mener jeg at EMK og FN konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter, fremsetter krav til hvordan statene skal sikre mennesker i nød. Disse kravene oppfyller ikke norske myndigheter på en tilfredsstillende måte.

⁷⁶ På NOAS hjemmeside www.noas.no, ligger utdrag av ECRI sin kritikk.

⁷⁷ På NOAS hjemmeside finnes det utdrag fra UNHCR sine anbefalinger.

Nødhjelp løser ikke problemene på sikt. Det å motta sosialstøtte er ment å være en midlertidig løsning for folk i knipe. Det skal hindre at folk sulter, og sikre dem tak over hodet. Meningen er ikke at folk skal motta støtte i årevis uten å bli gitt noen mulighet til å livnære seg selv. Selv om man ser bort fra om innstrammingstiltakene er lovstridig eller ikke, er det mye som taler for at de ureturnerbare burde få arbeids- og oppholdstillatelse slik at de kan livnære seg selv og betale skatt til fellesskapet. Her spiller både samfunnsøkonomiske og ikke minst menneskelige hensyn inn. Da staten ikke klarer å effektivere egne vedtak, og heller ikke klarer å ivareta dem gjennom sosialtjenesten, bør de få en anledning til å ivareta seg selv ved å få lov til å arbeide.

Istedenfor å kutte de sosiale ytelsene mener jeg den norske stat bør arbeide for å oppnå et samarbeid med de land det er vanskelig å tvangsreturnere asylsøkere med endelig avslag til. Dette gjøres best med tilbaketakelsesavtaler som regulerer hvordan tvungen retur skal gjennomføres. Avtalene må først og fremst avklare i hvilken grad hjemlandet vil akseptere tvungen retur av egne borgere, og mottakelse av borgere uten reisedokumenter. Herunder for prosedyrer hvordan man best kan foreta en verifisering av søkers identitet og fremskaffelse av reisedokumenter.

Innstrammingstiltakene har ut fra en målsetning om å gjennomføre en streng asylpolitikk, bidratt til å gjennomføre endringer som innebærer store tilbakeskritt i sosialomsorgen. Rent lovteknisk synes det heller ikke som noen god ide å ivareta innvandringspolitiske hensyn gjennom sosiallovgivningen. Arbeids- og sosialdepartementet mener dette er hensiktsmessig, da det er viktig med konsistens mellom ulike myndigheters vedtak, og at UDI og sosialtjenestens vedtak derfor må samordnes. Jeg er enig i at det er uheldig med offentlige vedtak av motstridende karakter. Som et eksempel på dette, nevnes at samtidig som myndighetene innfører tiltak for å rydde gatene i Oslo for uteliggere, tiggere og rusmisbrukere, innfører de også regler som tvinger flere på gata.

10 Litteraturliste

Bøker:

- Andenæs, Kristian. *Sosialrett* 6. utgave. Kristian Andenæs, Olav Molven, Ørnulf Rasmussen, Kristen Sandberg og Lasse Warberg. Oslo, 2003
- Andenæs, Kristian. *Sosialomsorg i gode og onde dager*. Oslo, 1992
- Andenæs, Kristian og Åsta Skre. *Praktiseringen av forvaltningsloven og lov om sosial omsorg i tre kommuner*. Institutt for rettsosiologi 1990
- Boe, Erik. *Innføring i juss: Statsrett og forvaltningsrett*. Bind 2. Oslo TANO 1993b
- Bunæs, Runa. *Utlendingsrett*. Runa Bunæs, Kristin Ottesen Kvige og Bjørn Vandvik. Oslo, 2004
- Craven, Matthew C.R. *The international Covenant on Economic, Social and Cultural rights: A Perspective on its Development*. New York: Oxford University Press 1995
- Ekhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6. utg. ved Eivind Smith. Oslo 1998
- Evans, Malcolm D. og Rodney Morgan. *Preventing torture: a study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading treatment or Punishment*. Oxford, 1998.
- Fisknes, Eli. *Utlendingsloven kommentarutgave*, Oslo 1994
- Fleischer Carl August. *Studier i folkerett*. Oslo, Universitetsforlaget 1997
- Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. Oslo, Universitetsforlaget 1999.
- Kjellekvold, Alice. *Bruk av vilkår og avaler ved tildeling av sosiale ytelser, i Sosial trygghet og rettsikkerhet under sosialtjenesteloven og barnevernsloven*, Asbjørn Kjønstad, Jan Fridtjof Bernt, Alice Kjellekvold og Harald Hove. Bergen : Fagbokforlaget 2000
- Mjøse, Erik. *Menneskerettigheter* Oslo, 2002
- Molven, Olav og Einar Vetvik. *Saksbehandling i kommunal forvaltning*, Diakonhjemmets sosialhøgskole 1986

Artikler i tidsskrifter:

Bernt, Jan Fridthjof. *Forbehold ved forvaltningsvedtak: Bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkingsmiddel*. Bergen: Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 7 1977. ISBN 82-7556-010-1

Gloppen, Siri. *Kampen for sosiale rettigheter – er rettssalen riktig arena?* Institutt for offentlig retts skriftserie 2005 nr 1

Smith, Lucy. Barn, foreldre og menneskerettigheter. I: JV 1991 hefte 3

Syse, Aslak. *Ulovlig i Norge – og uten menneskerettigheter* I: Lov og rett nr 10 årg. 2004 nr. 43

Rapporter

Senter mot etnisk diskriminering, *Underveis mot et bedre vern* 2003

Senter mot etnisk diskriminering, *Mat tak over hodet og helsetjenester* 2005

UDI, *Lengeværende i mottak*, 10.04.2004

Lover:

Forvaltningsloven	Lov av 10. februar 1967, lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker
-------------------	--

Grunnloven	Lov av 17. mai 1814
------------	---------------------

Menneskerettsloven	Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
--------------------	---

Sosialtjenesteloven	Lov av 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v
---------------------	--

Tvangsfullbyrdelsesloven	Lov av 26. juni 1992 nr. 86 Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring
--------------------------	--

Utlendingsloven	Lov av 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
-----------------	---

Forskrifter

Forskrift til lov om sosiale tjenester m.v. 4. des. 1992 nr. 915

Forarbeider

Ot.prop. nr 29 (1990-1991) Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester m.v.

Konvensjoner:

Konvensjonen om menneskerettigheter av 4. november 1950. (EMK)

Vienna Convention of the law of Treaties 23.05.1969

FN- konvensjonene av 16 desember 1966:

FN- konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. (ØSK)

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. (SP)

FN- konvensjonen av 20 november 1989 om barns rettigheter

Domsregister

Rt. 2003 s. 375

Lofoten tingrett, 5.08.04 nr. 269/2004 D

Hålogaland lagmannsrett, 22.10.04 (LH 2004-5416)

Høyesteretts kjæremålsutvalg kjennelse, 10.01.05, (HR 2005-00043)

Avgjørelser av Den europeiske menneskerettighetsdomstol:

Airey mot Irland A 32 1979

Aydin mot Belgia, RDJ 1998-V

Belgian Linguistic Case v. Belgia

Gaskin mot UK A 160 1986

Handyside mot UK 1976

Irland mot Storbritannia, 1987 serie A nr. 25

Limbuela and others. Court of Appeal 21.05.04

Niemitz mot Tyskland, A 251-B 1992

Silver mot UK A 61 1983

Van der Ven mot Nederland, decision 04.02.03, appl.no 50901/99

X og Y mot Nederland A 91, 1985

Wemhoff, jugment 27/06/1968, A7

Høringsuttalelser:

SMEDs høringsuttalelse av 09.02.05 : Høring i kommunalkomiteen angående

Dokument nr 8: 26 (2004-2005)

Sosialdepartementets høringsnotat om forslag til endringer i forskrift. 30 juni 2004

Offentlige dokumenter:

Sosialdepartementets veileder U-5/ 2003

Sivilombudsmannens sak 2004/3108

SMEDs klage til sivilombudsmannen av 04.11.2004. Ref. 04/216-MN-27

Orientering fra Kommunal- og regionaldepartementet til kommunene av 13.10.2004

Brev fra Utlendingsdirektoratet til kommunene av 29.12.2003

Brev fra Sosial- og helsedirektoratet til alle kommunene samt landets sosialkontor av 19.12.2003 og av 04.10.2004.

Justisdepartementets rundskriv G 64/2000

Høringsnotat om forslag til endringer i forskrift. 30 juni 2004.

Nettsider:

www.udi.no

www.smed.no

www.noas.no

Intervjuer:

Telefonintervju med SMED, Heidi Wyller

Intervju med asylsøkere